This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 084 941 012

Digitized by Google

1.25

B.Oct 1926

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 4 1926

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

79

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Digitized by Google

Digitized by Google

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XVI

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 807

(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1904

Digitized by Google

MAY 4 1926

Digitized by Google

IL PATTO DI NON PRESTARE L'EVIZIONE
E IL DOLO DEL VENDITORE
NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

NOTE ESEGETICHE

Il patto di non prestare l'evizione non libera il venditore, che non ignori di vendere cosa non sua, se questa venga evitta [1]).

Questo principio fu proprio del diritto romano in ogni stadio del suo svolgimento? Ecco posto il problema.

Chi si occupasse, oggi, dell'inefficacia del così detto « pactum de non praestanda evictione », nel caso che l'alienante sappia di vendere ciò che non gli appartiene, precipuamente dal lato dommatico, come s'intende facilmente, non farebbe di certo cosa assai proficua ed interessante [2]). Invece la trattazione, essenzialmente storica, di questo argomento mi pare che possa riuscire attraente e profittevole. L'interesse d'uno studio sullo svolgimento di questo punto di diritto fu già rilevato, sebbene per altro riflesso, da un acuto critico delle fonti nostre, dal Riccobono [3]), ne' suoi *Studi critici sulle fonti del diritto romano* [4]).

Ora è appunto questa evoluzione che io cercherò di seguire da vicino nel presente scritto.

[1]) Cfr. principalmente fr. 6 § 9, 11 §§ 15 e 18 D. 19-1.

[2]) Dopo di aver ricondotta l'invalidità di questo patto all'inefficacia del *pactum ne dolus praestetur*, per vero, che cosa si potrebbe dire di più? Nei citati frammenti, dai quali si desume la nullità di tale pattuizione, si opera col concetto del dolo, in cui si dice versare il venditore, che, conoscendo l'alienità della cosa, dichiara di non volerne garantire il pacifico godimento.

[3]) Il Riccobono indaga soltanto se nella nota giulianea, riferita da Ulpiano nel cit. fr 11 § 15, sia fatta valere da Giuliano una interpretazione restrittiva della clausola di non prestar l'evizione, nel senso che mai si dovesse ritenere esclusa la responsabilità per il dolo del venditore, laddove il giurista rispondente - Minicio - l'aveva ritenuta pienamente efficace, anche di fronte al dolo.

[4]) In *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* anno VIII, fasc. IV-VI, pagg. 186-192.

Digitized by Google

Tutte le testimonianze delle fonti relative al nostro *pactum d. n. p. e.*, nel caso che il venditore conosca l'alienità della cosa, non risalgono più in là dell'epoca adrianea [1]). Malgrado ciò, conoscere l'anteriore stato del diritto relativamente a questo punto, non ci riesce affatto impossibile.

L'uso di mezzi adoperati per escludere la garanzia per evizione ci è attestato in antico. La *mancipatio nummo uno* era sicuramente preordinata a tale scopo [2]).

Ora non ostante il principio riferitoci da Cicerone (*de offic.* 3, 16): « cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta » [3]), riguardo ad essa pare

[1]) Pomponio, libro IX *ad Sabinum* (fr. § 9 D. 19-1). Scevola, libro II. *Quaestionum* (fr. 69 § 5 D. 21-2). Ulpiano, libro XXXII *ad Edictum*, il quale attribuisce la massima a Giuliano: fr. 11 § 15 « denique... apud Minicium ait » § 16 « sententiam Iuliani... arbitror... »; § 18 D. 19-1 « secundum... Iuliani sententiam ».

[2]) Nelle commedie plautine si ricordano apposite dichiarazioni del venditore colle quali egli *auctoritatem defugit*. Cfr. i luoghi citati dal Costa, *Il dir. rom. nelle commedie di Plauto* a pag. 361, XX, § 78. Tuttochè la garanzia del pacifico godimento della cosa fosse, già al tempo di Plauto, inerente al contratto, costituisse cioè un *naturale negotii*, parrebbe che, ove non si volesse prestarla, una dichiarazione del mancipante, diretta a *defugere auctoritatem*, potesse essere efficace, in base al noto principio delle XII Tavole: « cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto ». Invece questa possibilità di sottrarsi all'*actio auctoritatis*, per mezzo della menzionata dichiarazione all'atto della mancipazione, è esclusa, implicitamente, dal Pernice, *Labeo* III, I, pag. 117; vedi anche Scharff, *Die Lehre vom Gewährerlass nach römischem Recht*, Greifswald 1888, pag. 11-15. Ma se dall'un canto la notizia plautina non si vuol ritenere attendibile, va anche osservato che dall'altro mancano prove sicure in sostegno dell'avviso contrario. L'argomento che lo Scharff loc. cit. vuol trarre dalle *R. S.* di Paolo II, 17 § 1 (« aliter enim non potest obligari ») non mi sembra serio.

[3]) L'*actio auctoritatis*, non diretta però al *duplum*, si concedeva certamente ove il mancipante non avesse dichiarata l'esistenza di una servitù, cfr. fr. 66 D. 18-1. Ma in genere per i taciuti vizi della cosa mancipata pare che il diritto più evoluto, diciamo, della *mancipatio* conoscesse l'*actio emti*, l'azione cioè nascente dal negozio giuridico che sta a base della *mancipatio* stessa. Cfr. Pernice, *Labeo* III, I, pag. 118-19. E, come è naturale, si trattava dell'*actio emti* nella sua funzione di azione di dolo contro l'alienante. Tutto ciò riguarda precisamente e rigorosamente il silenzio di vizi e difetti da parte del mancipante, non però, come vedremo in seguito, poichè la quistione si ripresenterà - e in condizioni migliori per essere

Digitized by Google

si abbia ragione di credere che valesse come regola l'irresponsabilità anche per dolo. Il mancipante era tenuto a prestare questo dolo solo ove avesse promesso mediante stipulazione: « dolum malum huic rei abesse abfuturumque esse », come si legge in documenti relativi a *mancipationes donationis causa* [1]). In mancanza di tale promessa, chi avesse scientemente mancipata, *nummo uno donationis causa*, una cosa non propria non era tenuto a verun risarcimento di danno [2]).

Ad ogni modo, anche quando, in tanta scarsezza di prove non si volesse accettare questa conclusione, non si volesse cioè riconoscere efficacia assoluta alla *mancipatio sestertio nummo uno*, non per questo l'indagine relativa all'altro mezzo adoperato per allontanare l'obbligo della garanzia, verrebbe ad essere intralciata.

Riguardo al patto di non prestare l'evizione, l'irresponsabilità per dolo si può con certezza affermare, almeno per un lasso di tempo abbastanza lungo, il quale s'inizia col riconoscimento giuridico del contratto di compra-vendita.

Durante il periodo che va da questo riconoscimento del contratto obbligatorio (ultima età repubblicana) allo stabilimento, in conseguenza della buona fede che domina il rapporto, del principio [3]), che il venditore ha il diritto di esigere la promessa relativa all'evizione, mediante *l'actio emti* [4]), regna incontrastata ed assoluta la caratteristica norma, che l'alienante non è tenuto se non a trasmettere il possesso. Questo è ancora un dogma che rimane sostanzialmente intatto. In conseguenza di esso, come è risaputo, il compratore non poteva agire contro il venditore, se scopriva di aver ricevuto cosa altrui, ma do-

adeguatamente risoluta - relativamente al contratto di compra-vendita, la scienza dell'alienità della cosa mancipata in chi mancipò *nummo uno*.

[1]) V. « Donatio Fl. Artemidori », e « Donatio Statiae Irenes » in BRUNS, *Fontes*, pag. 252-53.

[2]) Così il KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, 589.

[3]) Col riconoscimento di questo principio incomincia uno svolgimento progressivo della compra-vendita diretto a correggere l'anomalia propria dell'istituto, a far sì cioè che il venditore abbia a trasmettere non il possesso, ma la proprietà. L'ultimo stadio di siffatta evoluzione è segnato dalla nota regola, fissata per opera di Giuliano, fr. 30 § 1 D. 19-1. Con questa innovazione la norma che il venditore non è tenuto se non a trasmettere il possesso, resta come un dogma più formale che sostanziale. Cfr. BONFANTE, *Istituz.* 3ª ediz., pag. 417. *Diritto romano*, pag. 386.

[4]) Il diritto di domandare la *stipulatio habere licere* ci è attestato al tempo di Traiano, fr. 11, 8 D. 19-1, quello di esigere la *stipulatio duplae* al tempo dei Severi, fr. 37 pr. h. t. V. GIRARD, *Manuel*, pag. 553, n. 1.

Digitized by Google

veva attendere l'effettivo spossessamento. E come il vendere cosa altrui era lecito, così era parimente irrilevante che il venditore sapesse di alienare cosa non propria.

Ciò posto che deve dirsi della responsabilità del venditore, sciente, di cosa non propria, che pattuisce di non prestare l'evizione?

Il compratore, il quale, normalmente, non può agire prima che l'evizione segua, pur avendo conosciuto che gli è stata venduta cosa non propria del venditore, accettando un tale patto, ha rinunciato al risarcimento dei danni, che l'ablazione della cosa gli arreca. Ora la irresponsabilità del venditore sciente, durante il periodo cui ci riferiamo, pare una logica conseguenza delle premesse qui poste.

Come ci è noto, l'inefficacia del patto di non prestare l'evizione nel caso di scienza del venditore, si fa dipendere da quella della convenzione *ne dolus praestetur*. Ma l'invalidità di questa pattuizione fu riconosciuta dalla giurisprudenza romana della repubblica come dell'impero?

La notizia, relativamente più antica, risale a Celso. Fu questo giureconsulto - vedi la relazione ulpianea nel fr. 23 D. 50-17 - che per primo negò efficacia al patto *de dolo non praestando*. Per vero la maniera onde Ulpiano si esprime: *Celsus putat... et ita utimur* induce la persuasione che prima di Celso la convenzione *ne dolus praestetur* avesse, al pari di qualsiasi altra pattuizione, pieno valore [1]). Vuole però essere notato come appaia assai verosimile che l'opinione celsina non sia valsa a scuotere subito il principio dell'efficacia delle convenzioni di non prestare il dolo. Difatti Pomponio [2]) prima e Paolo

[1]) In questo senso vedi: PERNICE, *Labeo* II, I, pag. 206 e RICCOBONO, *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* anno VIII, fasc. IV-VI, pag. 190.

[2]) Il PERNICE, *Labeo* II, I, pag. 206, n. 5 richiama il principio, stabilito per opera di Pomponio, che si contiene nel fr. 8 § 6 D. 34-3, principio che egli dice parallelo a quello fermato da Celso. « Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata (erepta-Mommsen) quae dolo, vel ex fraude eius, qui negotia gesserit commissa sit; et testator id videtur sensisse... ». La semplice lettura però del passo basta per convincerci che Pomponio qui opera col concetto della presunta volontà del testatore e non con quello della nullità di ogni atto che miri ad escludere la prestazione del dolo. In altri termini se l'erede può agire contro il *negotiorum gestor*, per gli atti dolosi o fraudolenti da costui compiuti nella gestione, ciò è dovuto al fatto che si presume il testatore abbia voluto soltanto non tenere responsabile colui, il quale *negotia eius gesserit*, per semplici fatti colposi. Non è quindi la nullità del divieto

Digitized by Google

poi ammettono la validità del patto *si quis paciscatur, ne depositi agat* [1]). Malgrado, come dice Paolo, *vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat,* tuttavia *pactum proderit* [2]). Certamente secondo Paolo, *illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur*, ma cotesto principio, probabilmente in vigore assai prima, non vale in materia di diritto privato, ove il danno voluto dal singolo - come nell'ipotesi che si sia pattuito di non agire coll'*actio depositi* - non si ripercuote sugli altri, sibbene nei casi (ad es : *ne furti agam vel iniuriarum* [3]) in cui *conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat.* In altri termini, perchè il *pactum conventum* riguardante l'irresponsabilità per dolo, sia efficace, occorre che *a re privata remotum non sit* [4]). L'opinione di Celso prevale e domina incontrastata con Ulpiano [5]) (*et ita utimur*). Omai anche nel campo delle contrattazioni private il principio « illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur » esplica la sua completa efficacia.

Ora se si ammette che nei tempi anteriori, almeno, a Celso la convenzione di non rispondere pel dolo, fosse, così come ogni altra, efficace, non si può disconoscere che il *pactum ne evictionis nomine teneretur* valesse di per sè ad escludere qualunque responsabilità, anche per il dolo.

fatto dal testatore all'erede che viene in considerazione, ma la ricerca della volontà del defunto. Anche nel fr. 72 (70) § 3 D. 35-1 di Papiniano in sostanza si tratta dell'interpretazione della volontà del defunto: « sine dubio per huiusmodi verba non interponendae quidem cautionis condicio videtur adscripta... »

[1]) Fr. 7 § 15 e 27 § 3 D. 2-14.

[2]) In questo patto si è veduta invece una eccezione al principio della nullità delle convenzioni di non prestare il dolo, la quale troverebbe la sua giustificazione nella regola: « expressa nocent, non expressa non nocent » (fr. 52 D 35-1; 195 D. 50-17). Cfr. Riccobono, *Bull.* loc. cit. Per l'inammissibilità di cotesta opinione mi sembra che debba *anche* valere l'inverosimiglianza del fatto che in questa applicazione Pomponio e Paolo guardino più alla forma dell'atto che non alla sostanza di esso.

[3]) « Expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam » fr. 27 § 4 D. 2-14.

[4]) Paolo nel cit. fr. 27 § 4 D. 2-14: « Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum; ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat ».

[5]) Ulpiano anche riguardo al deposito dice nel fr. 1 § 7 D. 16-3: « illud non probabis, dolum non esse praestandum, si conveniret .. ». Ciò spiega perchè egli nel fr. 7 § 15 D. 2-14 insista nel dichiarare: *secundum Pomponium valet pactum; Pomponius ait.*

Digitized by Google

Per dimostrare l'assoluta efficacia del *pactum de non praestanda evictione*, agli argomenti derivati dal principio caratteristico del contratto di compra-vendita e dalla validità delle pattuizioni di non prestare il dolo, se ne può aggiungere un altro tratto dal fr. 40 pr. D 18-1, *Alfeni digestorum a Paulo epitom. IV*, il quale ci reca un responso serviano: « Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emptor in diebus XXX proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset: emptor intra diem mensurae quo minorem modum esse credidit renuntiavit et pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit et cum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri quam putaverat invenit: quaerebat, an id quod minor is esset consequi a suo venditore posset, respondit interesse, quemadmodum lex diceretur: nam si ita dictum esset, ut emtor diebus triginta proximis fundum metiatur, et domino renuntiet, quanto modus agri minor sit; quod post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum. et rel. ».

Il giureconsulto tratta di una specie in cui viene in considerazione l'efficacia di una convenzione analoga a quella di cui ci occupiamo, e la sua decisione è per la completa irresponsabilità del venditore. Una responsabilità contrattuale, dovuta al fatto che l'alienante versa in dolo, in opposizione ai *verba* della convenzione (interesse quemadmodum *lex* diceretur) è implicitamente esclusa, chè il giurista respondente deriva la liberazione del venditore, anche doloso, dalla *lex contractus* [1]).

Uno dei lati della dimostrazione, e precisamente quello riguardante la validità delle convenzioni di non rispondere per il dolo, ci permette di arrivare colla efficacia piena ed assoluta del patto di non prestare l'evizione, certamente, insino a Celso, fino a quel tempo cioè cui all' incirca rimontano le tre esplicite testimonianze delle nostre fonti, che abbiamo già ricordate.

In tutti e tre i frammenti: 11 § 15 D. 19-1. Ulp. XXXII *ad Edictum* « Denique libro decimo apud Minicium ait » (*sc.* Iulianus); 11 § 18... « secundum ... Iuliani sententiam »; 6 § 9 D 19-1. Pomponius libro IX *ad Sabinum*; muovendo dalla buona fede, che domina il rapporto, e

[1]) Ciò è stato acutamente rilevato dal Riccobono in *Bull.* loc. cit. pag. 190.

Digitized by Google

operando col concetto del dolo, si perviene alla inefficacia del *p. d. n. p. e.*, ove il venditore conosca l'alienità della cosa. Ci troviamo dunque di fronte ad un mutamento, un po' brusco, se vogliamo, chè il principio si cambia di punto in bianco, seguìto nello stato del diritto. Chi l'ha indotto? Il Riccobono[1] ha pensato a Giuliano. Gli argomenti in base ai quali si sospetta dal nostro romanista che la interpretazione restrittiva del *p. d. n. p e.*, nel senso che mai si dovesse ritenere esclusa la responsabilità per il dolo del venditore, sia stata fatta valere da Giuliano eccoli: Giuliano relativamente alla considerazione del dolo, in ispecie nel contratto di vendita, ci appare, in diverse direzioni, pervenire risoluto alle ultime conseguenze. *a*) Egli sostiene che la convenzione comunque espressa di non rispondere per l'evizione non liberi il venditore dall'obbligo di restituire il prezzo. *b*) Ammette inoltre che si possa agire *ex emto* contro il venditore sciente, di cosa altrui, anche prima che il compratore abbia sofferta l'evizione.

Ora poichè entrambi i principî (*a* e *b*) sostenuti da Giuliano si derivano, indubbiamente, dalla *bona fides*, che deve informare tutti i rapporti nel contratto di compra-vendita, si traggono cioè dalla signoria di questa buona fede, la quale però si rende per tal modo assai dispotica, l'ipotesi di una innovazione giulianea riguardo alla relativa efficacia del nostro patto appare assai verosimile. Essa ipotesi però non appaga più, ove si tenti una accurata e spregiudicata esegesi dei citati frammenti. Chi faccia questa esegesi, io credo che non possa non dare l'allarme dell' interpolazione. Ma fa d'uopo ch'egli non si lasci ammaliare dalla buona fede. Questa sirena, che ha paralizzata ogni ulteriore indagine nella mente di acuti romanisti, lo dissuaderebbe dal proseguire. In effetti, poichè niuno ha mai osato contrastare, che la scienza del venditore di alienare cosa non propria, sia incompatibile, perfettamente incompatibile colla signoreggiante *bona fides*, regolatrice d'ogni rapporto nell'ambito dell'*emptio venditio*, e d'altro canto non si può ragionevolmente smentire che a questa buona fede abbia dato particolare rilievo lo stesso diritto classico, potrà, a prima

[1]) *Bull.* loc. cit. pag. 189. I libri *ad Sabinum* di POMPONIO, donde è tratto il fr. 6 § 9 D. 19-1. sono anteriori ai *digesta* di GIULIANO - KRÜGER, *Gesch. der Q.* pag. 166; LENEL, *Paling.* II, c. 86. n. 6 -, ma il Riccobono assume che l'*autorità* di Giuliano valse a portare a generale riconoscimento la massima in esame.

Digitized by Google

vista, essere giudicata infruttuosa, e temeraria ad un tempo, l'opera di chi si accingesse ad applicare qui i criterî diagnostici delle interpolazioni.

1. Fr 6 §§ 8 e 9 D. 19-1. Pomponius libro IX, *ad Sabinum*:

§ 8 « Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex emto eo nomine actio emtori competit; nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestiturum se esse pollicitus sit venditor, emtori praestari oporteat ».

§ 9 « Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, et adiectum sit, neve eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio emti, quod bonae fidei sit ».

« Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex emto eo nomine actio emptori competit ». Di questa sentenza di Sabino Pomponio dà la seguente giustificazione: « nam et dolum eo iudicio aestimari oportet », al che aggiunge: « ut id quod praestiturum se esse pollicitus sit venditor, emptori praestari oporteat » per dire che la mancata prestazione di ciò che il venditore promette *decipiendi causa*, ingenera responsabilità del promittente anche [1]) per dolo. Quindi nel testo si dichiara che il venditore, poichè il negozio è tra quelli in cui *dolus aestimatur*, risponde del suo dolo, se ad es. consegna il fondo venduto i di cui alberi ha divelti o recisi [2]), o se, invece di compiere materialmente un atto doloso, per ingannare, promette una prestazione che non vuole fare. Nel primo caso *dolose facit in re vendita*, nel secondo *callide dicit*; sono perciò ipotizzate le due specie di dolo che rispettivamente riguardano quello che si commette nella esecuzione del contratto e nella conclusione del negozio.

Segue nel § 9 un altro esempio di comportamento doloso del venditore, esempio che si riferisce al dolo nella conclusione dei contratti. Esso, a dir vero, non appare ben legato al precedente, perchè appunto

[1]) Contrariamente al CUIACIO, VII, col. 746, si deve osservare che i *dicta et promissa ut praestentur* obbligano indipendentemente dal dolo del promittente, fr. 19 § 3 D. 21-1.

[2]) Cfr. fr. 7 § 3 D. 4-3.

Digitized by Google

il venditore che pattuisce di non prestare l'evizione, non promette niente, a differenza della specie che viene prima in cui, per ingannare, si promette alcunchè, tuttavia la cosa potrebbe non meravigliare, se si presuppone, come fa il Cuiacio, che nel testo ci si dia una serie di esempî di dolo nella vendita.

Ma gli è che l'intero § 9 per buone ragioni, attinenti alla sostanza ed alla forma, si lascia ricondurre ai compilatori giustinianei.

Come si desume dal fr. 7, § 15 D. 2-14 di Ulpiano, lo stesso Pomponio riconosceva la validità del patto col quale alcuno convenisse di non agire coll'*actio depositi*, patto che è senz'altro *de dolo non praestando*, giusta quanto ci avverte Paolo (v. fr. 27, § 3 D. 2-14). Egli, ciò è importante a notare, era anche per l'efficacia della pattuizione colla quale il depositario si assumesse l'obbligo di *praestare omnem periculum*, che voleva rispettata malgrado fosse fatta *contra iuris formam* Stando all'*item* della relazione ulpianea, la stessa osservazione pomponiana deve riferirsi al patto, *ne depositi agat*; questo difatti alla sua volta è anch'esso *contra iuris formam*. Ora la ragione della decisione di Pomponio ci è dato rilevarla da quanto Ulpiano fa seguire nel § 16 successivo, e da ciò che allo stesso proposito dice Paolo. Quegli cioè, poichè noi siamo in un campo puramente privato, in cui un danno per la convenzione di non prestare il dolo non può venire ad alcun altro, all'infuori di chi lo ha voluto, nega l'imperio del principio: «illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur».

Ciò premesso, chi crederà che dalla penna di Pomponio sia uscito il § 9, in cui egli riterrebbe appunto inefficace il *pa tum de non praestanda evictione*, in caso di scienza dell'alienalità della cosa da parte del venditore?

Si dice comunemente: ove l'alienante sappia di vendere cosa non sua, il patto di non prestare l'evizione, se dovesse assicurare l'irresponsabilità del venditore, sarebbe un *pactum de dolo non praestando*. Or bene, la decisione del § 9 non può per questo verso appartenere a Pomponio, chè egli era per la validità di altri patti *de dolo non praestando* [1]). Si aggiunga che la configurazione dei due casi (*pactum de non praes anda evictione* e patto *ne quis depositi agat*) è identica. Alcuno s'offre di ricevere in deposito una cosa e induce il de-

[1]) Vedi quanto si è detto prima a proposito della validità del patto di non prestare il dolo.

Digitized by Google

ponente a pattuire che non agirà coll'*actio depositi*. Il deponente può credere che il depositario desideri ciò per non aver seccature relativamente alla responsabilità che gl'incombe, ma non che voglia danneggiarlo agendo dolosamente.

La buona fede anche in questo contratto esigerebbe che il depositario dovesse rispondere per dolo, eppure qui il patto copre anche il dolo di costui.

Quanto alla forma poi non mancano indizi che ci rivelino la mano del commissario giustinianeo Si noti l'inelegante ripetizione di *oportet* a brevissima distanza, quell'*adiectum sit* accanto a *vendidisset*, ed infine l'affatto errata *consecutio*: *si vendidisset... oportet.*

2. Fr. 11, § 18 D. 19-1. Ulpianus XXXII, *ad Edictum*: «... Sed Iulianus libro quinto decimo Digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quomadmodum recipitur, ut venditor numos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit; sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi [1]) forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit».

Questo è un testo famoso che costituì, per lo passato, oggetto di grave dibattito fra gli interpreti [2]). Vi è riferita una infelice [3]) innova-

[1]) L'Huschke (in *Giesser Zeitschr.* N. F. IV, pag. 284) propone di leggere: *si forte etc.*; nessuno però lo segue. Cfr. Vangerow. *Pandekt.* III, § 610, n. 4.

[2]) Una completa raccolta delle opinioni divergenti contiene la bella nota riassuntiva dei professori Perozzi e Bonfante, alla traduzione del Glück, *Comm. alle Pandette*, libro 21 § 1120, pag. 248.

[3]) L'arditezza dell' innovazione, sentita dallo stesso Giuliano, il quale si esprime assai riservatamente e cautamente (*posse defendi*), risulta evidente. Dalla buona

Digitized by Google

zione giulianea, certamente respinta, a quanto pare, dallo stesso Ulpiano che ne fa la relazione [1]), e da Trifonino, che nel fr. 12, § 1 D. 20-5, in parte alterato dai compilatori, presuppone la piena efficacia del patto. Ciò però che a noi interessa di questo testo è l'ultima parte, fonte anch'essa di aperti dissensi fra gli scrittori, giacchè è dubbio a che si riferiscano le parole: « sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum » [2]). Oggi non sarebbe più lecito dubitare sulla causa [3]) della loro ambiguità, che manifestamente risiede in una interpolazione [4]) da parte dei compilatori. Ne sono segni evidenti e sicuri i seguenti rilievi formali: *hanc... conventionem* e poco dopo il plurale: *omnes suprascriptas conventiones*, ripetuto verso la fine: *sed in suprascriptis conventionibus; nisi forte... nisi forte - tunc enim; a nobis relatam.*

Probabilmente la ragione dell'alterazione si deve ricercare, come opina il Riccobono, nell'amor di brevità, nel desiderio di tagliar corto, giacchè nel testo originario all'esposizione dell'opinione di Giuliano, Ulpiano dovè forse far seguire le ragioni per cui la rigettava. Non credo però col Perozzi e col Bonfante, che Giustiniano abbia inteso di confer-

fede che governa il contratto di compravendita non si può ricavare il principio che ad evizione seguita il venditore debba restituire al compratore il prezzo. Come osserva giustamente il BECHMANN, *Der Kauf*. I, pag. 683, la garanzia non è in modo assoluto essenziale alla buona fede, e poi in altri contratti il pericolo dell'evizione si può assumere validamente dal compratore (vendita del pegno). Di più: la perdita del corrispettivo già pagato per l'oggetto evitto rientra fra i danni, che sa di dover sopportare chi accetta il patto: è in previsione di essa che l'acquirente ottenne la cosa per un prezzo inferiore. Cfr. PEROZZI e BONFANTE, nota citata.

[1]) Cfr. RICCOBONO. *Bull.* loc. cit. pag. 188, n. 4.

[2]) Si debbono esse riferire a ciò che è detto prima, ovvero a quello che immediatamente le precede? Tutto induce a credere che il *contra erit dicendum* riguardi le due convenzioni ricordate in principio del §, quelle, cioè, in cui il venditore dichiari: *per se heredem suum non fieri quominus habere liceat*, o soltanto dica: *nihil se evictionis nomine praestare.* Un tale riferimento non sfuggì all'acume del CUIACIO, VIII, col. 758, il cui avviso seguono BECHMANN, op. cit. I, pag. 683 n. 2 e ARNDTS, *Pandek.* § 303, n. 4. I Basilici per questo fr. - l. 5 § 3 (19-8), HEIMBACH II, pag. 288 - sono privi di valore.

[3]) Essa causa è sconosciuta allo SCHARFF, *Die Lehre vom Gewährerlass nach röm. Recht*, Greifswald 1888, e all'HEIMANN, *Ueber Gültigkeit und Wirkung eines einem Kaufvertrage beigefügten « pactum de non praestanda evictione » nach gemein. Recht*, Greifswald 1893.

[4]) Hanno di già segnalata l'alterazione il RICCOBONO, *Bull.* loc. cit. pag. 188, n. 2 ed il PEROZZI, nota citata, il primo dei quali rileva che certamente anche il ragionamento attribuito a Giuliano non fa onore al grande giurista, a supporlo anco sonnecchiante, o dubbioso.

Digitized by Google

mare l'opinione di Ulpiano, e respingere quella di Giuliano. Questo giureconsulto nel tentativo, fallito, di far prevalere il princípio di cui abbiamo discorso, si lasciò guidare dalla buona fede, cui, secondo il suo avviso, sarebbe stato contrario che il compratore perdesse la cosa ed il vènditore ritenesse il prezzo. Ora nel corso di questo lavoro ci sarà dato di vedere, come appunto un costante riguardo alla buona fede induca parecchie interpolazioni. Di più la stessa antitesi che nel testo si pone fra responsabilità piena *in id quod interest* (*ex emto eum teneri*) e responsabilità limitata, rileva chiaramente che l'effetto di *quelle convenzioni* è che, seguita l'evizione da parte di un terzo, il venditore non sia tenuto all'*id quod interest*, ma non già che non sia obbligato a restituire il prezzo ricevuto. Ciò, s'intende, se il venditore ignorò di vendere cosa non sua, chè in caso di scienza dell'alienità lo si potrà convenire coll'*actio emti, quia dolo fecit*. Questo è appunto l'inciso che ci riguarda da vicino, e che appartiene sicuramente ai compilatori, cui è certamente dovuta l'ultima parte del testo: *Sed in suprascriptis conventionibus - dolo fecit.*

3. Fr. 11, § 15 D. 19-1, Ulpianus libro XXXII, *ad Edictum*: « Denique libro decimo apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emtor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit; tunc enim in hoc fieri [1]), ut per ipsum et per heredem eius emtorem habere liceret; qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret, et ideo emti iudicio tenebitur ».

Il fr. il quale ha una grande analogia col responso serviano (fr. 40 pr. D. 18-1) sopra riferito, tratta dello speciale caso in cui siasi pattuito che la *stipulatio duplae*, la promessa cioè del doppio del prezzo che il venditore si obbligava di pagare ove la cosa venisse evitta, debba venir richiesta entro trenta giorni, *postea ne quid praestaretur*. La decisione è che se il compratore non si fa a domandare nel termine stabilito la promessa, il venditore si libera dall'obbligo della garanzia [2]). In sostanza quindi l'alienante avrebbe pattuito di non pre-

[1]) Il CUIACIO sostituisce a *in hoc fieri*, *in hoc teneri* (vol VII, col. 756).

[2]) La rinunzia quindi alla stipulazione importa sopratutto la liberazione del venditore obbligato alla garanzia. Cfr. DEGENKOLB, *Ein pactum fiduciae*, in *Zeitschr. f. Rechtsg.* IX, pag. 162.

Digitized by Google

stare l'evizione, se la promessa di garanzia mediante la solita *stipulatio* non gli fosse stata richiesta entro un mese. Nella seconda parte del fr., la più interessante per noi, ritorna, così come negli esaminati frammenti 6, § 9 e 11, § 18, h. t., la distinzione riguardante la scienza del venditore di cosa non propria, ed operando, al solito, col concetto del dolo si dichiarà la responsabilità dell'alienante.

Ci troviamo di fronte ad un testo per intero genuino? Hanno affermato ciò il Riccobono e il Rabel [1]). di recente. Il Riccobono nella relazione ulpianea scorge il contenuto di una nota di Giuliano [2]) al relativo testo di Minicio, e vi vede conservata la forma caratteristica delle note: « *ita demum* non teneri... *si* ignorans... qui autem...».

Ulpiano ci riferisce qui *ad verbum* la nota giulianea? Anche

[1]) Il RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, pag. 93, crede che l'intero passo, il quale contiene una decisione di Minicio, abbia una impronta d'antichità.

[2]) Le ragioni sostanziali per attribuire la nota a Giuliano, fatte valere dal Riccobono, sono per l'appunto quelle stesse che precedentemente riferimmo a proposito del mutamento indotto nel diritto nell'epoca adrianea, relativamente all'efficacia del *p. d. n. p. e*, per opera dello stesso giureconsulto, come opina il nostro acuto romanista. Ogni loro valore cade però, ove si riesca in questo scritto a dimostrare che la nota del fr. 11 § 15 è piuttosto dei compilatori. Che Ulpiano poi altrove (il § 18 essendo interpolato, a quella citazione chi presterà fede?) riporti la massima a Giuliano, non è argomento di importanza decisiva. Per vero è questa massima citata quella che si legge nel § 15? Nel successivo § 16 Ulpiano così si esprime: « Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque ». Poichè tutto induce a credere che la *sententia Iuliani* ricordata sia quella espressa nel § 15, Ulpiano colle riferite parole dovrebbe voler dire: anche nel caso che si venda un pegno la responsabilità del venditore non sarà esclusa, ove egli sappia di vendere cosa non propria del debitore. Se si tiene presente però la motivazione ulpianea, questa interpretazione, logicamente necessaria, non regge. Di fatti Ulpiano continua dicendo: « nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis Constitutionibus effectum est ». Da parte del giureconsulto quindi si insiste sulla assoluta irresponsabilità del venditore, la quale giunge sino ad impedire la ripetizione del prezzo. Ciò dunque *s mai*, potrebbe autorizzarci a ritenere che nella relazione genuina ulpianea dell'opinione di Giuliano (§ 15) si contenesse l'enunciazione del principio in maniera assoluta. La rimanente parte del § 16: *Dolum plane - debere ostendimus* è interpolata (nota la per sè sospetta restrizione con *plane*, il singolare *obligatam*, mentre si è prima parlato di cose al plurale: « *haec* fuerint evicta »). Ora, se è vero che l'originario testo ulpianeo mancava della chiusa *dolum ostendimus*, sarebbe destituito di valore ogni argomento che si volesse ricavare dal successivo § 16 per sostenere la genuinità del precedente § 15. Che poi l'interpolazione *dolum ostendimus* sia puramente formale, cfr. c. 2 C. 8-46 dell'anno 240, è cosa che non infirma il nostro assunto.

Digitized by Google

quando ciò fosse, non si potrebbe inferire che quel modo speciale di esprimersi, annotando, sia proprio di Giuliano. Di vero sappiamo che i Romani riferendo opinioni altrui, anche *ad verbum*, non hanno poi molti scrupoli per la precisione della parola [1]). D'altro canto l'esame del materiale di confronto [2]) non ci può far constatare l'uso di quella forma come propria del nostro Giuliano. Se poi volessimo attribuirla ad Ulpiano, il quale ci riferisce l'opinione giulianea, la troveremmo in lui insolita [3]). Invece la complicata costruzione: *ita demum... si .. tunc enim*, che si ha nel nostro fr. 11, § 15, non estranea alle abitudini linguistiche dei giustiniani, come si rileva dalle costituzioni latine [4]) dell'imperatore bizantino, riesce in sommo grado sospetta. Appartengono certamente ai compilatori costruzioni identiche o simili. Vedi: fr. 45, § 2 D. 19-1 [5]), *Sed hoc ita, si...*; *tunc enim*; fr. 12, § 1, D. 29-4 [6]),

[1]) Cfr. Riccobono, *Bull.* loc. cit. e Wölfflin, Birt Kipp, Grupe, Kalb da lui citati.

[2]) Le forme introduttive delle note di Giuliano si trovano raramente nella sua opera originale.

[3]) Ulpiano allorchè nota distinguendo, ove si valga della forma introduttiva: *ita demum* o *sed hoc ita demum*, continua dicendo: *si... ceterum...* Cfr. ad es.:

fr. 1 § 21 D. 37-6: sed hoc *ita demum*, si... *ceterum*...
fr. 5 § 4 D. 34-3: hoc *ita demum*, *si... ceterum...*
fr. 21 § 2 D 29-2: sed *ita demum... si... ceterum...*
fr. 7 § 4 D. 26-7: sed hoc *ita demum... si... ceterum...*
fr. 6 § 3 D. 8-4: haec *ita demum*, *si... ceterum...*
fr. 27 D. 21-1: hoc autem *ita demum*, *si... ceterum...*

Sono anche maniere ulpianee le seguenti: « sed hoc *ita demum si... nam* » cfr. fr. 21 § 1 D. 9-4, 21 § 9 D. 4-8, 8 § 1 D. 42-8, 8 § 1 D. 42-5; « sed hoc *ita demum... si... sed*. o *alioquin*. cfr. fr. 1 § 4 D. 47-14, 7 D. 40-5.

[4]) La locuzione similare: *sed haec ita... si... tunc etenim* si ritrova nella c. 5 § 2. C. 5-59. In genere poi l'uso della costruzione: *si... tunc enim*, che ci presenta lo stesso nostro testo, o dell'analoga: *nisi – tunc enim* o *etenim* è tutt'altro che ben raro nelle predette costituzioni latine. Cfr. 5, 37, 25-2; 5. 59, 5, 2 per la prima e 1, 2, 23-2; 3, 33, 13 pr.; 3, 33, 13, 13; 3, 33, 16-3; 4, 29, 23-2; 5, 12, 31, 1; 6, 2, 22, 1a; 6. 2, 22, 2; 8, 40, 27, 1; 2, 3, 30, 30; 3, 1, 18; 3, 28, 34, 1; 3, 28, 35, 2; 6, 24, 14, 13; 6, 31, 6, 3; 6, 51, 1, 3; 6, 51, 1, 8; 7, 63, 5, 4. Inst. 4, 1, 16 per la seconda.

[5]) L'interp. di questo fr. è delle più evidenti. Paolo, il quale scrive: « Superest tertia deliberatio, cuius debet esse liberta Arescusa, quae recusat emtorem » non può ragionevolmente poi aggiungere: « sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emtoris patronatum ».

[6]) L'alterazione, formale, ci è chiaramente indicata dall'inelegante ripetizione, a brevissima distanza, del verbo *conventri*, nonchè dell'errato tempo dello stesso: *conveniretur*!

Digitized by Google

Hoc autem ita..., *nisi*...; *tunc enim*; fr. 33 D. 30[1]), *scilicet nisi*...; *tunc enim.*

Sicchè il dubbio che precisamente quella parte del fr., la quale dovrebbe rappresentare una nota di Giuliano al testo di Minicio (*ita demum - emti iudicio tenebitur*), costituisca un emblema tribonianeo[2]), mi pare legittimo. Questo sospetto poi, - anche a prescindere dalla considerazione che gli altri due frammenti risultano alterati secondo la stessa direzione, considerazione la quale ragionevolmente non può non mettere sull'avviso - è avvalorato da altri indizi formali. Ad es. si fa notare la ripetizione di *hoc fieri* (*et emtor hoc fieri*... *non desideraverit*... *tunc enim in hoc fieri*) e la superfluità di quell'*alienum* verso la fine del fr. (*si ignorans alienum vendidit*... *qui autem alienum sciens vendidit*), anche a non voler rilevare che il verbo *teneri* torna con una certa insistenza e con dubbia eleganza (*teneri, tenetur*).

L'impressione che si ricava dall'esame dei tre fr. riferiti, di cui due sono certamente interpolati ed uno grandemente sospetto, è che sia straniera al diritto classico la massima in virtù della quale il *p. d. n. p. e.* perde la sua normale efficacia, quando il venditore sa di alienare cosa non sua. Essendo però i rilievi sin qui fatti insufficienti a darci la prova certa di questo assunto, chè ben potrebbero le già segnalate interpolazioni essere state fatte per portare a maggiore evidenza un principio già enunciato dai giuristi classici, fa d'uopo allargare la ricerca, dirigendo l'indagine su rapporti analoghi. S'intende che la constatazione della mano dei compilatori in frammenti a questi altri rapporti attinenti, anche a voler essere molto cauti, non potrebbe non riaffermare il sospetto, anzi non ingenerare la persuasione, che quella norma di cui abbiamo discorso, relativa al patto di non pre-

[1]) Non si può affatto dubitare del tribonianismo. Nota: *siquidem, sin autem, evidentissime apparere, ad secundum legatum convolare, manifestissimus, habere licentiam.*

[2]) Il testo genuino suonerebbe così: « Denique libro decimo apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emtor hoc fieri intra diem non desideraverit, non teneri venditorem ». Si noti che, anche contenendo in questi limiti il fr. originario, la decisione non appare priva d'importanza, chè si trattava di stabilire se la rinunzia alla *duplae stipulatio* importasse pel venditore liberazione dell'obbligo della garanzia. Di fatti si poteva dubitare che per ciò stesso restasse esclusa l'*actio auctoritatis* o l'*actio empti*.

Digitized by Google

stare l'evizione, sia stata fissata solo al tempo di Giustiniano. Gli esempî di interpolazioni puramente formali non sono rari, ma il credere che la certa modificazione di forma non accusi analoga alterazione della sostanza, equivarrebbe a rinunziare affatto agli innumeri vantaggi che la critica delle fonti arreca, ove frammenti relativi allo stesso principio, o a materia perfettamente analoga, si ravvisino costantemente alterati.

Per proseguire con ordine nella indagine, che ci siamo proposta, gioverà esaminare prima le norme onde sono regolati alcuni rapporti, che presentano grande analogia, se non identità, col nostro patto di non prestare l'evizione, e dalle quali o il sospetto più sopra manifestato non viene smentito, ovvero se nulla si ricava per rafforzare quest'ultimo, niente si può trarre per contro che valga a farlo venir meno.

Sgombrato così il campo da alcuni principî, che non valgono certamente per la soluzione negativa del problema, ma il cui ricordo potrebbe *a priori* fare propendere taluno per questa, più facile ed efficace potrà riescire la dimostrazione della tesi.

Vendita del pegno col patto di non prestare l'evizione.

È principio generale, sebbene non privo d'eccezioni [1]), che il creditore pignoratizio non risponde dell'evizione [2]). « Nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis Constitutionibus effectum est » fr. 11 § 16 D. 19-1. Nello stesso fr. si prevede però il caso che egli versi in dolo (ad es. sa che la cosa oppignorata non appartiene al debitore) per affermare la responsabilità di lui. Non ostante però l'esistenza di quella massima, nelle fonti si rinvengono

[1]) Il creditore pignoratizio può essere tenuto per l'evizione del pegno, ove questa sia causata da vizio del suo diritto (v'era un altro creditore poziore di grado), c. 1 C. 8-45; ovvero egli abbia espressamente promesso di rispondere per l'evizione in favore del compratore, fr. 8 § 1, 22 § 4, 23 D. 13-7; 59 § 3 D. 17-1. Aggiungi l'eccezione di cui al fr. 11 § 16 D. 19-1, della quale si parla nel testo.

[2]) C. 1, 2. C. 8-45; fr. 10 D. 20-5; fr. 13 D. 20-5.

Digitized by Google

esempî di vendita col patto esplicito *de non praestanda evictione* [1]). Private pattuizioni, tendenti ad escludere l'obbligo della garanzia, a prima vista, non si lasciano spiegare a sufficienza, dal momento che per legge il venditore del pegno non presta l'evizione, ma per vero esse non sono senza ragione. Il principio della irresponsabilità del creditore pignoratizio, che avesse proceduto alla vendita della cosa oppignorata, per l'evizione di essa, si venne, diremo, faticosamente affermando nel diritto romano, e fu stabile solo al tempo di Ulpiano (hoc enim *mullis* Constitutionibus effectum est), il quale ne ricorda le ripetute sanzioni. La pratica quindi doveva ben sentire il bisogno di garentirsi all'uopo mediante private cauzioni [2]). Ora nel fr. 68 D. 21-2, che si riferisce appunto alla vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio con la clausola in discorso: - « Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet, quamvis pretium emtor non solverit, sed venditori caverit, evictione

[1]) La vendita del pegno *iure creditoris* e quella del pegno stesso col patto di non prestare l'evizione non sono la stessa cosa. Il CUIACIO, vol. VII, col. 758, e altrove, credette ciò a torto. Le espressioni delle fonti che si riferiscono a questa vendita colla clausola suddetta sono le seguenti: *iure creditoris vendere*, fr. 11 § 16 D. 19-1 e c. 1. C. 8-45; *pignoris iure vendere*, c. 1. C. cit. e c. 2. C. h. t.; *lege pignoris emere*, fr. 10 D. 20-5. Ora probabilmente il Cuiacio si lasciò trarre in errore dalla frase: *lege pignoris*, di fatti egli scrive: « qui pignus vendidit iure creditoris, sive lege pignoris, id est, ea lege, ne evictionem praestaret ». Ma che l'espressione *lege pignoris* altro non voglia dire che *iure pignoris*, dizione perfettamente equivalente all'altra: *iure creditoris*, mi pare che sia fuori d'ogni dubbio. Non è la privata pattuizione che libera il venditore del pegno dall'obbligo di rispondere per l'evizione della cosa venduta, ma una norma di diritto, la quale, come si è rilevato, dura fatica per affermarsi e diviene ferma soltanto al tempo d'Ulpiano. Il creditore pignoratizio che procede alla vendita della cosa datagli in pegno per ottenere la soddisfazione del suo diritto di credito, per effetto di essa norma non risponde dell'evizione, perchè egli vende in nome altrui, non aliena la sua propria cosa. E se a lui s'impone di dichiarare all'atto della vendita che vende nella sua qualità di creditore pignoratizio (*iure creditoris* o *pignoris*, *lege pignoris se vendere*), gli è perchè il compratore non venga tratto a credere erroneamente d'essere garentito contro l'evizione. La presente discussione è lungi dall'essere oziosa, che ammessa l'equivalenza delle due diverse specie di vendita del pegno, noi rinverremmo nelle fonti una esplicita dichiarazione, quella del fr. 11 § 16 D. 19-1, sostanzialmente propria del diritto classico, riguardante appunto il caso in cui il creditore pignoratizio, allorchè si fa a vendere la cosa a lui oppignorata, sa che questa non appartiene al debitore.

[2]) Così il PEROZZI ed il BONFANTE, nella traduzione del GLÜCK, lib. cit. pag. 178-79, n. k, i quali acutamente rilevano la funzione delle private pattuizioni che le fonti ci ricordano.

Digitized by Google

secuta nullam emtor exceptionem habebit, quominus pretium solvat» – si esclude la responsabilità di costui nel modo più assoluto. Da ciò io non voglio, naturalmente. trarre una prova diretta in favore della efficacia assoluta della clausola di non prestare l'evizione, per modo che essa debba avere per effetto la liberazione del venditore, anche doloso. Mi basta soltanto far rilevare che riguardo a questa specie, affatto identica a quella della vendita d'una cosa in genere, col *pactum d. n. p. e.*, il giureconsulto, decidendo per l'irresponsabilità dell'alienante, non accenna nemmeno lontanamente al noto e contrario principio, relativo alla scienza dell'alienità in chi vende S'intende però che ove si dimostrasse per altra via l'origine giustinianea di quel principio, nel fr. 68 riferito, che enuncia la massima generale senza menomamente distinguere, si dovrebbe ritrovare una prova di più, anco sussidiaria se si vuole, in favore dell'innovazione seguita al tempo di Giustiniano.

Un altro testo nel quale si menziona la vendita del pegno col patto: *ne quid e ictione secuta creditor praestet* è il fr. 12 § 1 D. 20-5, alterato [1]) in parte dai compilatori.

Anche qui l'irresponsabilità del venditore è indistintamente presupposta dal giureconsulto Trifonino.

Venditio simplaria.

Come è noto, era pratica [2]) comune presso i Romani che si vendesse uno schiavo « tale quale era » o κακὴ πρᾶσις, secondo è detto nel libro Siro-romano, cioè *mala condicione* [3]). In tal caso si inten-

[1]) Cfr. Riccobono, *Bull.*, loc. cit. pag. 188, n. 5; Perozzi, op. cit. pag. 176, n. k; Ferrini, *Pandette*, pag. 603, n. 1 e pag 715, n. 3.

[2]) Il fr. 48 § 8 D. 21-1, l'unico che ci ricordi la *venditio simplaria*, parla appunto di *usus*. Questa compra senza diritto di redibizione sotto il nome di *simplaria venditio* doveva essere nella vita romana un concetto tanto comune e stabile che non occorreva volta per volta una speciale dichiarazione di rinunzia da parte del compratore. Cfr. Bruns e Sachau, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, pag. 209.

[3]) *Mala condicione*, in contrapposto a *bona condictione* (καλῇ αἱρέσει, vedi Bruns, *Fontes*, « *emtio servi* », a. 359), perchè non si ha la possibilita dell'esercizio della redibitoria, essendosi comprato lo schiavo o la schiava a condizione che quella non si faccia valere. Cfr. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique* (*Droit romain*). « Un traité de droit Syro-romain du v° siècle », pag. 414.

Digitized by Google

deva che il compratore avesse rinunziato [1]) al diritto di esercitare l'azione redibitoria.

Però una tale clausola, secondo quanto comunemente si insegna, non dovrebbe liberare il venditore che fosse in dolo. Donde si ricava questo principio? Tutti i romanisti [2]) che se ne occupano lo traggono dai fr. relativi alla clausola, aggiunta alla vendita, di non prestare l'evizione, o a clausole analoghe. Ma gli è che, tutti questi testi essendo interpolati [3]), l'argomento che si deriva dalle fonti non ha valore pel diritto classico, che noi indaghiamo. Il Girard [4]), a proposito della nostra *venditio simplaria*, ricorda un formulario di *mancipatio fiduciae causa* del 1° o del 2° sec. *p. Ch.*, illustrato nei suoi *Textes de droit romain* (p. 740), in cui figura la *mancipatio nummo uno*, diretta ad allontanare l'*actio auctoritatis*. Secondo questo scrittore, cotesta *mancipatio nummo uno* non riesce ad escludere in modo assoluto la responsabilità del mancipante per evizione, chè, se egli conosceva la causa di quest'ultima, ne deve rispondere ugualmente. Ciò, però, non si può certamente desumere dal testo della *mancipatio fiduciaria*, che peraltro non possediamo per intero. E d'altro canto, giova ripeterlo, nella *mancipatio nummo uno*, solo ove intervenga la promessa: «dolum malum huic rei abesse abfuturum esse» il mancipante, che sa ad es. di mancipare cosa altrui, è responsabile, ma non pel dolo in sè, sibbene per aver promesso di non versare in dolo [5]). Se mai, si potrebbe trarre un argomento ben importante, e contrario a quanto opinano i citati autori, dal § 35 del ricordato libro Siro-romano, che tratta appunto della vendita fatta *mala condicione*, cioè *sine reversione*. Lo riportiamo qui nella traduzione latina del Ferrini [6]).

[1]) Nella nostra *venditio simplaria* si ha qualcosa dell'*emptio spei*, ciò non ostante si considera come cosa principale la rinunzia alla *redhibitio*.

[2]) Vedi, ad es., BRUNS, cit. lib. giur. siro-romano, pag. 209; FERRINI, *Pandette*, pag. 686; GIRARD, *Manuel*, 13ª ediz., pag. 557, n. 3.

[3]) I testi citati a tale proposito sono: fr. 39 D. 19-1, 14 § 9 D. 21-1, 12 D. 18-4. (BRUNS). — 1 § 1 e 6 § 9 D. 19-1 (FERRINI e GIRARD). Ora uno di essi, il fr. 6 § 9 D. 19-1, l'abbiamo già dimostrato interpolato. I rimanenti sono stati anch'essi alterati dai compilatori giustinianei. Ne daremo la prova nel corso di questo lavoro.

[4]) Op. cit. pag. 557, n. 3. Cfr. anche dello stesso autore *Textes de droit romain*, pag. 740.

[5]) Vedi le *mancipationes donationis causa*, che stanno in BRUNS-MOMMSEN, *Fontes*, pag. 252-53, e cfr. KARLOWA, op. cit. II, pag. 589.

[6]) *Beiträge zur Kenntniss des sog. römisch-syrischen Rechtsbuches*, in *Zeitschr. Savigny-Stiftung*, vol. 23.

Digitized by Google

« *Si vendat quis servum vel ancillam vitium eius notum faciens.* Si quis servum ancillamve mala condicione vendiderit, i. e. mala venditione, sine reversione, volueritque is qui emit servum vel ancillam vel quamlibet ⟨ aliam ⟩ rem emptam redhibere, non licet ei: etenim condicione mala id emit, sine reversione. quod si in servo vel ancilla diabulum [1]) invenerit, licet ei redhibere illum ⟨ illamve ⟩ venditori, pretiumque quod dedit recipere, si vero contigerit fugere servum vel ancillam ad domum dominorum suorum priorum vel furari, potest emtor redhibere: potest etiam a venditore τιμὴν eius rei repetere, quam servus abstulit ab eo. sed si mala condicione emit, redhibere servum non potest, neque id quod est furatus repetere ».

La rubrica premessa a questo paragrafo essendo così concepita: « Si vendat quis servum vel ancillam vitium eius notum faciens » si potrebbe essere tratti ad affermare, che pel fatto che il venditore ha dichiarato e pattuito che al compratore non sarà lecito di restituire lo schiavo o la schiava ove riscontri in esso, in essa, dei vizî, questi ha conosciuto e potuto conoscere i difetti e però non potrà *redhibere*; che quindi per ciò stesso deve ritenersi escluso il dolo del venditore. Si è però costretti a rinunziare a cotesta naturale illazione, in vista della poca fiducia che debbono ispirarci e questo libro antegiustinianeo, in genere, e le rubriche premesse ai paragrafi di esso, in ispecie. Queste rubriche sono spesso inesatte, spesso false addirittura [2]).

Di una sola cosa possiamo essere certi, e dessa ha certamente la sua importanza, che cioè anche a proposito della vendita *mala condicione*, in tutte le testimonianze che ne abbiamo, non si ricorre all'ipotesi del dolo del venditore, dolo costituito dalla scienza ch'egli abbia dell'esistenza di quei vizî pei quali non vuole assumere responsabilità alcuna.

Di una clausola generale tendente ad escludere la responsabilità dell'alienante per l'esistenza di oneri, che gravano sul fondo venduto.

Che il venditore sia tenuto a dichiarare all'atto della vendita gli oneri che sono imposti al fondo che aliena, è principio che si ricava

[1]) Che questo principio non sia romano, ma sia dovuto ad un'aggiunta manifestamente orientale, è stato già rilevato. Cfr. RRUNS e SACHAU, *Syrisch-röm.* pag. 210.

[2]) Cfr. FERRINI, op. cit. in *Zeitschr. Savigny-Stift*, vol. 23, pag. 110.

Digitized by Google

da parecchi frammenti [1]), i quali, per quanto in parte storpiati dai compilatori, ci rendono pur non di meno abbastanza chiaramente il diritto classico.

Clausole generali, dirette a sottrarre il venditore alla responsabilità che per l'esistenza di questi oneri gli incombeva, erano certamente in uso. Una di esse, in caso di scienza dell'alienante, è esaminata nel fr. 13 § 6 D. 19-1, certamente genuino. E poichè qui il venditore, sciente, si ritiene responsabile, malgrado l'inserzione della clausola, ci interessa, come è naturale, di indagare il perchè di siffatta decisione.

« Idem Iulianus, dolum solere a venditore praestari, etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret, fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit, uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine, aut ad viae collationem praestare oportere, ex emto eum teneri, quasi decepisset emtorem, quae sententia vera est ».

Nonostante l'interpretazione dei Basilici [2]), è da ritenere arbitraria l'emendazione [3]) di *legata* in *vectigalia*. Si può chiamare *legatum* il

[1]) Fr. 21 § 1 D. 19-1. PAULUS XXXIII, *ad Edictum*: « Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex emto; quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur ».

Fr. 41 D. 19-1, PAPINIANUS III, *Responsorum*: « In venditione super annua pensitatione pro aquaeducto infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est; deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit; itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur ».

(Che cosa sia avvenuto in questo fr. non si può precisare. Di certo non è rispettata la grammatica « super annua pensitatione... constitutam »; e di più sorprende quel *deceptus*, che manca del sostantivo cui si possa riferire. Forse uno dei soliti tagli dei compilatori, fatto per abbreviare il testo, lo ha ridotto così malconcio).

C. 9. C. 4-49. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antipatrae (293-304): « Si minor a venditore, sive sciente sive ignorante, dicebatur capitatio praedii venditi, et maior inventa sit, in tantum convenitur, quanto, si scisset emtor ab initio, minus daret pretii. [Sin vero huiusmodi onus et gravamen functionis cognovisset, nullam adversus venditorem habet actionem »].

(Le parole chiuse fra uncini costituiscono un manifesto emblema tribonianeo. Nota = *sin vero* e la errata *consecutio: cognovisset-habet*. L'insulsa aggiunta rileva anch'essa la mano dei commissari di Giustiniano).

[2]) *Basil.* XIX. 8, 13.

[3]) Vedi LENEL, *Paling.* II, col. 633, n. 1; ULP. 934 e CUIACIO, *Oper. omn.* vol. VII, col. 765.

Digitized by Google

vectigal lasciato per legato? Se la Glossa afferma ciò in base al fatto che nella clausola si legge: *si qua tributorum aut vectigalis*, come ognuno vede, l'argomento non può aver valore. A mio avviso, l'emendazione in parola non è affatto confortata anche da quel « quasi decepisset emtorem » che si legge in fine del fr. Per vero, giusta la comune concezione del dolo, anche quando intervengono delle clausole generali intese ad escludere la responsabilità dell'alienante, non sarebbe affatto il caso di un « quasi decipere », ma di un vero e proprio inganno, se il venditore dichiarasse che sul fondo grava un *vectigal* a favore d'un municipio, mentre esso è di fatto dovuto a più. Papiniano nel fr. 41 D. 19-1 dice semplicemente e recisamente: *deceptus ob eam rem.*

Ferma restando l'attuale lezione [1]), importa indagare la ragione per cui si dichiara responsabile per dolo il venditore, nonostante la generale clausola con la quale egli declina ogni responsabilità per qualunque *altro* peso (*tributa, vectigalia, indictiones, collationes*) che possa gravare sul fondo alienato.

Di più occorre spiegare l'espressione: « quasi decepisset emptorem » che richiama la nostra attenzione per quel *quasi*, il quale ci fa pensare che, secondo Ulpiano, nella specie si trattava non di un inganno vero e proprio, ma *quasi* di un inganno.

Il venditore è tenuto per dolo, nonostante l'inserzione della clausola: *si qua tributorum et rel.*, perchè con essa, per quanto *generale*, non si può escludere la responsabilità che lo astringe pel fatto che un legato è dovuto. Questa specie di onere non rientra certamente tra quelli *specificatamente* indicati in detta clausola. L'alienante rimane perciò responsabile a causa della sua reticenza, non essendo punto sufficiente l'indicazione degli oneri, di cui egli non vuol rispondere, per far accorto il compratore, che anche un legato può gravare sul fondo. Questa interpretazione non mi parè dubbia. Offrono invece qualche difficoltà esegetica le parole: « *quasi* decepisset emtorem ». Il giureconsulto deve aver pensato alla normale assoluta efficacia della clausola, che il venditore inserisce per assicurarsi l'irresponsabilità, ma deve d'altro lato aver considerato che l'enumerazione degli oneri non si estende al legato, di maniera che la clausola con

[1]) La mantiene nelle sue lezioni lo SCIALOJA, anno acca l. 1895-96, pag. 436.

Digitized by Google

cui si rifiuta la responsabilità, sebbene voglia essere generale[1]), non può coprire la scienza che si abbia dell'esistenza d'un altro legato.

Donde il concetto del quasi inganno. Il compratore non può dire di essere stato ingannato nudamente e crudamente, perchè il venditore con una clausola generale ha dichiarato di non voler rispondere per qualunque altro peso, ed il legato è un onere anch'esso; ma può sostenere d'essere stato quasi ingannato, per la considerazione che l'indicazione dei pesi fatta dall'alienante non comprendeva certamente il legato, la cui esistenza perciò gli è riuscita nuova ed *inaspettata*. Forse conforta l'ipotesi, che il giurista debba aver tenuta presente la normale assoluta efficacia della clausola, la maniera ond'egli esprime nel pr. del fr.: «dolum solere a venditore praestari etiam in specie huiusmodi». Essa potrebbe autorizzarci a pensare che altri casi vi siano in cui, di regola, non si giudica doloso un *simile* comportamento del venditore.

Ad ogni modo, checchè si pensi dell'interpretazione data a questo fr., sta di fatto che nella ricordata clausola con cui il venditore vuole liberarsi da ogni responsabilità per pesi inerenti al fondo, non è affatto menzionato un onere che poi si riscontra esistente. Mi si deve quindi concedere che per lo meno i termini della questione non siano nè identici, nè analoghi a quella della vendita col patto di non prestare l'evizione. Qui il venditore esclude la sua responsabilità per evizione, ed è appunto quest'ultima che poi si verifica.

Dunque fin qui niente che valga ad infirmare il sospetto relativo all'innovazione giustinianea. Veniamo adesso all'esame di quelle testimonianze delle fonti in cui si può trovare la dimostrazione dell'assunto.

1. Un rapporto affatto analogo alla vendita di una cosa, in genere, col patto di non prestare l'evizione si ha in quella di uno schiavo o di un animale, a condizione di non rispondere per l'esistenza di determinati vizi o difetti.

[1]) Essa abbraccia i tributi ordinari e gli straordinari che possono normalmente gravare sopra un fondo. Per il significato specifico di *tributum, vectigal, indictio, collationes* vedi Cuiacio, *Oper. omn.*, vol. VII, col. 765.

Digitized by Google

Sarà responsabile per dolo il venditore che eccettuò quei vizî, all'atto della conclusione del contratto, sapendone affetto lo schiavo o l'animale? Di ciò appunto tratta il fr. 14, § 9, D. 21-1, Ulpianus libro I *ad edictum aedilium curulium*: « Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit; [remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto relicuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem] ».

Nella prima parte di questo testo, al certo genuina, si ammette la validità della sopra ricordata pattuizione; in vero, « pacisci contra Edictum Aedilium *omnimodo* licet », fr. 31, D. 2-14. La seconda però è dovuta per intero alla penna dei compilatori, da *remittentibus enim* a *dolo malo replicationem*. La loro mano ci è in modo palese rilevata da quel *non est regressus dandus*, dalla costruzione prediletta *nisi - tunc enim*, nonchè dall'uso della costruzione infinitiva come suggello al periodo. Il Gradenwitz [1]) poi come ragione di sostanza, di cui credo che non abbia misurato l'intero valore [2]), adduce che *non versa certamente in dolo* il venditore, il quale espressamente dichiara di non voler rispondere per un determinato vizio, sebbene ne conosca l'esistenza.

Il Lenel [3]) però si mostra dubbioso nell'ammettere l'interpolazione segnalata dal Gradenwitz. Ora l'indagare la ragione donde può provenire un dubbio siffatto, non sarà certamente un fuor d'opera, chè per tal mezzo potremo dimostrare la bontà del rilievo sostanziale del Gradenwitz.

Giusta quanto apprendiamo da Cicerone (*de offic.* III, 16, § 65), il diritto civile prima ancora che s'avesse l'editto edilizio, in ordine alla responsabilità per vizi e difetti della cosa venduta, aveva fermato il principio pel quale cotesta responsabilità derivava dalla promessa di certe qualità, ovvero dal silenzio di certi vizî cono-

[1]) GRADENWITZ, *Interpolationen*, pag. 84-85.

[2]) Dico che egli non deve aver misurato l'intero valore dell'affermazione, perchè se per poco avesse ricercato nelle nostre fonti, l'avrebbe trovata apertamente contraddetta da tutti quei frammenti, da lui non considerati, che abbiamo di già dimostrati e verremo dimostrando interpolati. Ciò non scema il merito di averla coraggiosamente lanciata.

[3]) LENEL, *Paling.* II, col. 888, n. 1. Ulp. 1760.

Digitized by Google

sciuti [1]). Sorto l'editto degli Edili, sappiamo di certo che colle azioni edilizie concorreva l'*actio empti* del diritto civile. Sicuramente, secondo Giuliano - vedi fr. 13, pr. D. 19-1 - coll'*actio ex empto* si possono ottenere gli stessi risultati che colle azioni edilizie [2]); il compratore può con essa agire contro il venditore ignorante per ottenere il *quanti minoris esset emptorus* [3]). Se però oltre l'esistenza del difetto vi è la coscienza di esso nel venditore, di modo che si possa dire che questi versi in dolo per non aver fatta la denunzia, l'*actio empti* va il di là delle azioni edilizie; essa mira al completo risarcimento del danno - confr. fr. 13 cit. e fr. 1, § 9 in fin. D. 21-1) [4]).

Il diritto civile, come si è già detto, sanciva la responsabilità derivante dal silenzio di certi vizî che il venditore conosceva, ma, sorto l'editto degli Edili *ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur* (fr. 1, § 2, D 21-1), si sarà punito egualmente il venditore sciente per vizi, che egli, giusta le nuove disposizioni degli Edili, non era tenuto a dichiarare? E in altri termini, in mancanza della nuova azione onoraria, si sarà concessa l'antica azione civile per colpire il dolo del venditore? La risposta affermativa non può essere che

[1]) A base di questa responsabilità non starebbe la negligenza del venditore - come ha sostenuto il LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für seine Verschulden beim Vertragsschlusse*, pag. 22; il fr. 13 § 3 D. 19-1 non si può citare in proposito, cfr. PERNICE, *Labeo* II, II, I, pag. 242 - e nemmeno il dolo di lui. Si tratta di una *poena reticentiae*, e ciò che viene proibito e punito non è il *dolo malo* del venditore. I giureconsulti, osserva il Pernice, loc cit., non fanno mai menzione del dolo del venditore. Al compratore interessa, come è naturale, di conoscere i vizi della cosa. Orbene, indipendentemente dall'intenzione, il giudice deve ricercare se il compratore, obbiettivamente, pel fatto della reticenza del venditore, è stato ingannato e danneggiato.

[2]) Sulla interpretazione del Karlowa, riguardo al fr. giulianeo, vedi quanto dice il PEROZZI, nota B, pag. 12 della traduzione del GLÜCK, lib. 21.

[3]) A questa maniera l'*actio ex emto* viene ad avere lo stesso contenuto delle ricordate azioni edilizie.

[4]) Il WINDSCHEID, *Pandekten*, § 393, n. 8 *a*; il WLASSAK, *Zur Gesch. der neg. gestio*, pag. 137 e segg.; l'HANAUSEK, *Haftung des Verkäufers*... pag. 22, n. 8, credono che le parole dell'Editto: « hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus » si riferiscano al caso in cui il venditore doloso abbia taciuto un *morbus* o *vitium* dello schiavo. Vedi in senso contrario il KARLOWA, op. cit., vol. II, pag. 1292, il quale giustamente pensa che il passo debba essere rivolto all'*agere in fraudem edicti*. L'*actio redibitoria*, cioè, doveva esser data anche se il venditore agiva in conformità delle parole dell'Editto, ma dolosamente contro il senso di esse. Per tal modo è solo l'*actio emti* che si fa valere quando dolosamente il venditore tacque il *vitium* o il *morbus*.

Digitized by Google

certa pel diritto giustinianeo. Invece pel diritto classico potrebbero aversi ragioni di dubbio, che non sarà inopportuno esaminare.

Il fr. 4, § 4, D. 21-1, Ulpianus, libro I, *ad Edictum Aedil curul.*: « In summa, si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest [1]), nisi si dictum est, hoc abesse et non habest; ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit, si autem corporis solius vitium est, aut et corporis, et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit », è certamente uscito dalla penna dei compilatori [2]): Ed il fr. 13, § 1, D. 19-1: « Item qui furem vendidit, aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emtoris interfuit non decipi; si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris emturus esset, si eum fugitivum sciisset, circa furem non tenetur. Differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus », che rappresenta il caso speciale rispetto al fr. 4, § 4, dianzi riferito, il quale costituisce la regola generale, è certamente, per ragioni di forma, sospetto [3]) anch'esso.

Potrebbe anche confermare il dubbio sopra manifestato un altro

[1]) I vizi dell'animo non sono in genere redibitori; per essi il venditore sarà solo responsabile, ove ne abbia promessa l'assenza. Cfr. fr. 4 § 3 D. 21-1: « animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non ». Nella facilità con cui un vizio psichico può essere corretto mediante la disciplina rigida del padrone, è da vedere la ragione per la quale detti vizi dell'animo non sono redibitori. Però, mentre ancora durava in vita la stessa giurisdizione degli Edili, per opera della giurisprudenza si affermò la responsabilità del venditore riguardo a certi vizi psichici, oltre a quelli già contemplati nell'Editto edilizio. Cfr. fr. 1 §§ 10, 11; 2 D. 21-1.

[2]) Ne sono indizi più che sufficienti i seguenti rilievi: L'intero paragrafo si presenta come una *summa* aggiunta dai commissari. Si noti inoltre: *si quidem-si autem*, l'affatto chiaro *et non abest*, nonchè il parimente superfluo *animi* avanti a *reticuit*. Di più il *vitium mixtum et animi et corporis* appare una espressione affatto bizantina. In un tal caso un giureconsulto classico si sarebbe contentato di constatare un *vitium corporis* e non avrebbe conseguentemente avuto bisogno di stabilire una terza categoria di *vitia*. Così Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen* in *Zeitschr. der Savigny-Stiftung fr. Rechtsg.*, vol. XI, pag. 22. Aggiungi che la proposizione: *ex emto tamen reticuit* manca del soggetto. Chi *reticuit?* Non si può lasciar reggere il verbo dal lontano *venditor*.

[3]) Nota la costruzione complicata: *si quidem-si vero*, l'inelegante ripetizione del *quidem*, adoperato ben tre volte in poche parole, e del *tenetur*, pur esso usato per tre volte.

Digitized by Google

fr. tratto dal libro IV delle *Regulae* di Marciano, fr. 52 D. 21-1: « Si furtum domino servus fecerit, non est necesse, hoc in venditione servi praedicere, nec ex hac causa redhibitio est; sed si dixerit, hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur, quod dixit promisitve », relativamente al quale, all'obbiezione che l'obbligo di cui in esso si parla non c'è per l'Editto degli Edili, ma esiste per il diritto civile, potrebbe rispondersi dicendo: non essere credibile che Marciano, il quale presuppone nel fr. la scienza del venditore, abbia omesso di parlare della responsabilità incombente per diritto civile al *dominus* sciente, che vende uno schiavo ladro. Il che intanto apparirebbe più inverosimile, in quanto il giureconsulto in un'opera (*libri regularum*), in cui si tratta congiuntamente del diritto civile e del diritto onorario [1]), pur cura di ricordare che in un caso il venditore rimane obbligato, quando cioè *dixit, hunc furem non esse.*

Ciò nonostante, malgrado i vizi di forma rilevati, tutto trae a credere che il principio affermato dai fr. 4 § 4 D. 21-1 e 13 § 1, D. 19-1 sia sostanzialmente di diritto classico. Induce specialmente in questa persuasione un testo d'Africano, sicuramente genuino. Fr. 61 [63], D. 47-2, VIII, Quaest.: § 3. « Quodsi sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est; id enim bonae fidei convenire ». § 4. « Sed in actione emti praecipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit ». § 5. «... Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita... ».

Da questo fr., per vero, si possono trarre conclusioni rilevanti. Chi ha dato in pegno uno schiavo ladro è tenuto a risarcire al creditore

[1]) Niuno invece penserebbe mai di citare a tal riguardo i seguenti frammenti, tratti da un commentario all'Editto degli Edili, in cui l'obbligo di rispondere per lo schiavo ladro si fa derivare unicamente *ex promissione*:

Fr. 17 § 20 D. 21-1, ULPIAN., I, *ad Edictum Aedilium*...: « Si quis affirmaverit aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse, et adsit, utputa si dixerit, furem non esse, et fur sit, si dixerit, artificem esse, et non sit, hi enim, quia quod asseveraverunt, non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur ».

Fr. 19 § 1 D. 21-1, ULPIAN., I, *ad Edict. Aedil.*: « Plane si dixerit, aleatorem non esse, furem non esse, ad statuam nunquam confugisse, oportet eum id praestare ».

Fr. 31 § 1 D. 21-1, ULPIAN., lib. I, *ad Edict. Aedil.*: « Si venditor pronuntiaverit vel promiserit, furem non esse, tenetur ex sua promissione, si furtum servus fecit; esse enim hoc casu furem non tantum eum, qui extraneo, sed et eum, qui domino suo res substraxit, intelligendum est ».

Digitized by Google

pignoratizio il danno che a costui il servo ha arrecato col furto. Vi ha una limitazione però in questa responsabilità. Il debitore cioè si può liberare colla *noxae deditio* dello schiavo. Ma ciò egli non potrà fare, ove abbia scientemente dato in pegno uno schiavo ladro. Di fronte a questo caso si esamina quello della vendita, e si dice che qui *praecipue spectandum est, qualem servum repromiserit*, si afferma, cioè, che il venditore, il quale esclude esplicitamente che lo schiavo sia ladro, è obbligato *ex promissione* a risarcire l'intero danno, anche quando *nesciat* [1]) *furem esse*. Ciò, naturalmente, non esclude che gli incomba la stessa responsabilità per la reticenza dolosa, il qual principio è chiaramente espresso nel § 5 [2]).

Dunque, concludendo su questo punto, non è legittimo il dubbio che non sia di diritto classico la massima per la quale è responsabile il venditore, che tace un *vitium* o *morbus*, a lui non ignoto [3]),

[1]) Cfr. fr. 21 § 2 D. 9-1 (la buona fede del venditore, che lascia il compratore nel suo errore, non esclude la sua responsabilità), fr. 6 § 4 D. 19-1 e 19 § 3 D. 19-1 (non si distingue tra promessa di una qualità fatta in buona fede o meno), fr. 13 § 3 D. 19-1: (« Atqui ignoravit; sed non debuit facile, quae ignorabat asseverare... » Su questo fr. vedi però PERNICE, *Labeo*, II. II, I, pag. 242, il quale non opera col concetto di colpa). Nel senso che qualora il venditore abbia in buona fede indicato un pregio o assicurato inesistente un difetto, egli non debba rispondere affatto dell'interesse v. DERNBURG, *Pandekten* II, § 100, n. 17. Cfr. poi su tutto ciò PEROZZI, op. cit. n. *p*, pag. 70.

[2]) Esso però non potrebbe certamente ricavarsi dal seguente fr. 4. pr. D. 19-1, PAULUS, lib. V, *ad Sabinum*: « Si servum mihi ignoranti sciens, furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex emto, quanti mea intererit sciisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam mihi quid abesset ».

Qui la frase « furem vel noxium esse » esprime in modo positivo il concetto che nei testi si suole manifestare in forma negativa dicendo « furtis noxave solutus ». Rende certi di ciò il fatto che nel fr. si dice competere l'*actio emti* diretta all'*id quod interest*, perchè con quella *ex stipulatu* non può agire prima dell'ablazione dello schiavo. Ora appunto il *furto commesso* rende *noxius* lo schiavo. Dunque qui la parola *fur* è adoperata per indicare lo schiavo *alicui furti obligatus*. Pel significato specifico del termine *fur* si veda il fr. 174 D 50-16: « Aliud est promittere, furem non esse, aliud furto noxaque solutum; qui enim dicit, furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui furtis noxaque solutum, nemini esse furti obligatum promittit ».

[3]) La c. I C. 4-58, dell'anno 214, ne è un'altra prova: « Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum *vel alio modo vitiosum* quis vendidit isque fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit competens iudex, ut iam pridem placuit, praestari iubebit ».

Digitized by Google

nonostante che per l'editto degli Edili egli rimanga per tal riguardo libero da qualsiasi obbligo.

Se applichiamo questo principio all'ipotesi del fr. 14 § 9 D. 21-1, l'esitanza del Lenel ad ammettere l'interpolazione rilevata dal Gradenwitz, può sembrare, a prima vista, abbastanza giustificata. Di fatti si può pensare: le azioni edilizie sono inammissibili, perchè il venditore eccettuò quei determinati vizi e «*pacisci* contra Edictum Aedilium omnimodo licet»; ma poichè egli conoscendoli *consulto reticuit* dovrà perciò, secondo il diritto civile, essere responsabile [1]).

Chi però argomentasse in questo modo porrebbe sulla stessa linea la reticenza, dolosa, di un vizio, e la dichiarazione di non volere rispondere per l'esistenza di esso, fatta dal venditore che lo conosce, metterebbe cioè a paro due fatti che non sono perfettamente equivalenti. Altro è non dichiarare un vizio che si sa esistente, ben altra cosa eccettuarlo, pur conoscendolo. Nel primo caso si versa, indubbiamente, in dolo, nel secondo un tale comportamento non può invece essere giudicato doloso.

Questo è, in sostanza, ciò che ha affermato senza provare il Gradenwitz. Io rimando per una più completa dimostrazione di questa asserzione ad altra parte del presente scritto, e mi limito qui ad addurre un argomento, che si ricava direttamente dalle fonti nostre, il quale parmi decisivo.

Fr. 14 § 10 D. 21-1, Ulpianus lib. I *ad Edict. Aedil. curul.*: «Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere, ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis, eius nomine non teneri, Caelius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset; ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit».

L'Editto degli Edili si riferisce soltanto a quei vizî e difetti che il compratore ignorò [2]) o potè ignorare. Ne consegue, naturalmente,

[1]) Il Bechmann, *Der Kauf*. II. pag. 300, stabilisce un rapporto fra le azioni edilizie, non di buona fede, e l'*actio empti, bonae fidei*, la quale entrerebbe in luogo di quelle per colpire il dolo del venditore. Vedi anche in Brinz, *Pandekten* II. § 327, pag. 714 e segg., l'accenno a questa relazione.

[2]) Vedi anche il fr. 48 § 4 D. 21-1: «In aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est, si emtor sciret de fuga, aut vinculis, aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur».

Digitized by Google

che non dànno luogo alle azioni edilizie quei vizî, quei morbi che per non essere occulti possono facilmente all' atto della vendita constatarsi da chiunque, e ciò indipendentemente dal dolo o dalla buona fede del venditore. Per vero chi dall' evidenza del vizio è posto in grado di accertarne l' esistenza, non deve, nè può dolersi ove ciò non abbia fatto. Ad eliminare la responsabilità del venditore basta la semplice possibilità che i vizî sieno facilmente conosciuti dal compratore. Ora vuole essere notato quanto Celio diceva a questo proposito: il venditore in caso di vizio palese non risponde, *perinde ac si nominatim morbus exceptus sit.* Dunque, anche in quest' altima ipotesi, il fatto che il venditore non vuole garantire l' assenza di un determinato vizio, che *nominatim* eccettua, fa palese al compratore l' esistenza di esso, o meglio, deve metterlo sull' avviso, deve renderlo accorto della possibilità che quel determinato vizio di fatto affetti la cosa. Gli è perciò che il venditore non è in dolo. Ora quanto si dice in questo § 10 è la più bella riprova dell' interpolazione della parole: *nisi sciens - de dolo malo replicationem*, che immediatamente lo precedono, e mediante le quali chi scrive opera appunto col concetto del dolo.

Ciò posto, possiamo, a ragione, affermare che il principio stabilito nel fr. 14 § 19 D. 19-1, affatto analogo a quello che vale per il patto di non prestare l' evizione, in caso di scienza dell' alienità da parte del venditore, è certamente dovuto ai compilatori giustinianei.

2. Ad essi possiamo, con sicurezza non minore, ricondurre un' altra massima simile, con cui si dichiara tenuto per l' esistenza di servitù il venditore sciente [1]), il quale abbia cercato di sottrarsi ad ogni responsabilità mediante una clausola siffatta: « nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus non teneor ». fr. 1 § 1 D. 19-1, Ulpianus libro XXVIII ad Sabinum.

« Venditor, si cum sciret deberi servitutem, celavit, non evadet ex emto actionem, si modo eam rem emtor ignoravit; omnia enim,

[1]) Sulla dibattuta quistione, se e in quanto sia obbligato il venditore di un fondo, ove sullo stesso gravino delle servitù, che non siano state denunziate, vedi per tutti VANGEROW, *Pandek.* § 610, n. 3. Secondo l' opinione dominante non v' ha dubbio che il venditore debba essere responsabile, se assunse espressamente questa garanzia anche assicurando genericamente il compratore che il fondo è libero, ovvero se tenne a quest' ultimo nascosta l' esistenza di servitù che egli conosceva. Cfr. anche DERNBURG, *Pandek.* vol. II della 6ª ediz. § 99, pag. 415 (traduzione italiana) e n. 20 e 21.

Digitized by Google

quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. Sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit, servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. Sed et si proponas, eum ita dixisse: nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat inopinata servitus, non teneor, puto eum ex emto teneri, quia servitus debebatur et sciisset; sed si id egit, ne cognosceret emtor, aliquam servitutem deberi, opinor eum ex emto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emtor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorare debuit, qui non ignoravit».

In questo fr., che si suole comunemente citare dagli interpreti a proposito dell'inefficacia del patto di non prestare l'evizione, ove il venditore sappia di alienare cosa non propria, la mano dei compilatori è stata già flutata dal Gradenwitz [1]), il quale attribuisce ad essi le parole: «si modo eam rem emtor ignoravit» e l'intero periodo finale: «Haec ita - non ignoravit». A mio avviso, il testo è fattura dei commissari di Giustiniano per una buona metà, cioè da *puto eum ex emto teneri* in poi. Ragioni di sostanza, per le quali il fr. possa, indipendentemente dalle considerazioni sin qui fatte, dimostrarsi interpolato, non v'hanno, ma gli indizi formali sono tanto concordanti, sono sì precisi, che nessuno vorrà, lo spero, pensare che un giureconsulto romano potesse scrivere così *barbaramente*. Si noti: puto *eum ex emto teneri* e poi di nuovo: opinor *eum ex emto teneri* (la frase *eum ex emto teneri* pare stereotipa), e come se non bastasse, più oltre, ancora: eum *teneri*. L'*eum* risulta così adoperato (con quanta eleganza!) in poche parole quattro volte; lo stesso si dica del verbo *teneri*: *teneor, teneri, teneri, teneri*, tutte forme verbali, che si seguono a brevissima distanza, s'incalzano. Intollerabile poi addirittura è il repentino cambiamento del tempo e del modo del verbo. che si ha nella frase: «quia servitus *debebatur* et *sciisset*». Anche turgido e non privo di modi tronfi di dire è il periodo: «Et generaliter dixerim, si improbato more versatus [2]) sit in celanda servitute, debere

[1]) *Interpolationen*, pag. 237. Il LENEL, *Paling.* II, col. 1121, u. l. Ulp. 2716, non si sa perchè, dubita dell'interpolazione segnalata dal Gradenwitz.

[2]) Anche la frase «improbato more versatus sit in celanda servitute» è un po' sospetta. Il verbo *versari* nel senso di *comportarsi*, adoperato (raramente

Digitized by Google

eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit ». Non mancano ripetizioni incongruenti, inintelligibili. Di vero è mai possibile che Ulpiano dopo aver detto: « Sed et si proponas, eum ita dixisse: nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat inopinata servitus non teneor, puto eum ex emto teneri, quia servitus debebatur et sciisset », scriva continuando: « sed si id egit, ne cognosceret emtor, aliquam servitutem deberi, opinor eum ex emto teneri »? Quale concetto nuovo si manifesta con queste ultime parole? Quale altra ipotesi si raffigura? Forse che nel primo caso, dato che siano due quelli contemplati, il venditore, sciente, che inserisce la clausola, vuol rendere accorto il compratore dell'esistenza della servitù?

Nè, da ultimo, la maniera dubitativa onde s'esprime chi scrive (*opinor, puto*) deve trarci in inganno. Non è Ulpiano che esita nello stabilire un principio affatto nuovo, che quasi si crederebbe a lui dovuto, ma sono i compilatori ai quali è familiare - non debbo qui ripeterlo - simile peritanza, intonata a grande remissività, allorquando si fanno ad alterare un testo.

Ora, anche quando, malgrado i rilievi formali testè fatti, si volesse ritenere *sostanzialmente* classico il principio della responsabilità di quel venditore sciente, il quale avesse detto: « nulla quidem ser-

però) da qualche scrittore classico non giurista. — V. TACITO, *Agric.* 7: « Integre strenunque versatus » -, e dallo stesso ULPIANO, cfr ad es. fr. 9 pr. D. 13-7: « malitiose in pignore versatus », fr. 25 D. 5-3: « praedonis more versari coepit », « dolose in hereditate sit versatus », è largamente usato in tale significato nelle costituzioni latine di Giustiniano.

Cost. 29 § 7 C. 6-23: « poenam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria causa *versati* ... ».

Cost. 17 pr. C. 7-4: « Cum quidam servum suum ita legavit, ut legatarius libertatem ei imponat, et heres, ad huiusmodi legatum *improbe versatus*, servum dare legatario dedignatus est ... ».

Cost. 3 § 1 C. 3-2: « Nostris autem amplissimis iudicibus licentia sit et maiores poenas et corporales maculas exsecutoribus imponere, si *male* fuerint circa lites *versati* ... ».

Cost. 3 § 6 C. 4-66: « Sin autem aliter fuerit *versatus*, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat ».

Cost. 14 § 1 C. 3-34: « Sancimus itaque, nemini licere sic aedificare vel *alto modo versari*, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat ... ».

Cost. 12 pr. C. 7-32: « circa quem negligenter vel *dolose versatus* est ... ».

Cost. 1 § 7 C. 5-13: « ... si non *dolo malo versatus est* ... ».

Digitized by Google

vitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus non teneor » [1]), non per ciò noi saremmo costretti a rinunziare all' argomento che dall' alterazione del fr. 1 § 1 D. 19-1 si può trarre in favore della tesi nostra. Di fatti chi vorrà anche sostenere che sia di diritto classico la generalizzazione: « Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit » con cui si estende l' inefficacia ad ogni altra clausola simile a quella or ora esaminata? Essa generalizzazione, giustinianea quanto alla forma, si dimostrerà anche sostanzialmente estranea al diritto classico da qui a poco, quando cioè ci sarà dato di constatare come appunto non dal diritto antegiustinianeo, ma da quello nuovo derivi la responsabilità del venditore sciente, il quale inserisce, a fine di liberarsi da ogni obbligo, certi patti, e non certamente per provvedere alla sua sicurezza, ma per trarre in inganno il compratore.

3. Altra clausola, analoga a quella del fr. 1 § 1 D. 19-1, e tendente a sottrarre il venditore alla responsabilità per l' esistenza di servitù, è la seguente: « servitutes si quae debentur, debebuntur ». Vale essa a liberare l' alienante il quale sa che realmente il fondo è soggetto a servitù? La risposta negativa è data esplicitamente dal fr. 39 (40) D. 19-1. Modestinus libro V *Responsorum*:

« Quaero, si quis ita fundum vendiderit, uti venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen, aliquam partem certam se non possidere, non certioravit emtorem, an ex emto iudicio teneatur, cum haec generalis adiectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat, ne alioquin emtor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel emturus non esset, si certioratus de loco certo fuisset, cum hoc et apud veteres sit relatum in eius persona, qui sic exceperat: servitutes, si quae debentur, debebuntur. Etenim iuris auctores responderunt, si certus venditor

[1]) Invero si potrebbe osservare che la responsabilità del venditore dovrebbe porsi all' infuori d' ogni dubbio, pel fatto ch' egli dichiarò esplicitamente: *verum ne emergat inopinata servitus non teneor*, escludendo in modo implicito ed assoluto l' attuale esistenza di servitù. Invece chi vende col patto di non prestare l' evizione e sa di alienare cosa non propria, niente dice che valga ad escludere al momento della vendita l' esistenza del vizio dell' alienità dell' oggetto. Questa circostanza, come si vedrà in seguito, non è senza importanza.

Digitized by Google

quibusdam personis certas servitutes debere, non admonuisset emtorem, ex emto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit, quaeque ignoravit, et de quibus emtorem certiorare nequivit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumveniendi emtoris causa venditor in specie, de qua quaeritur, fecit, ex emto actione conveniri posse ».

In questo testo, a dir vero, si esamina anche l' efficacia della clausola: *vendo quicquid intra eos terminos possideo*, apposta dal venditore, il quale sappia di non possedere una parte del fondo, ed abbia indicati ciò nonostante per confini di esso quelli che la comprendono. Il responso dato da Modestino per questa specie è che il venditore non rimanga liberato *si quid circumveniendi emtoris causa fecit.* Ora giova osservare che questa decisione, anche quando si volesse ritenere genuina la relativa parte del fr., non potrebbe menomamente influire sulla soluzione della nostra quistione (efficacia assoluta del *p. d. n. p. e.* al tempo del diritto classico), stantechè i dati di fatto che accompagnano quella clausola ne modificano certamente il valore. Il venditore, è ben vero, dichiara di vendere, *quod intra terminos possidet* e non *omne quod intra terminos possidet*, ma egli indica specificatamente intanto confini maggiori, e dà a vedere, mediante la *demonstratio* di essi, di alienare un fondo ben più esteso di quello che realmente non sia. In sostanza quindi cela i veri confini. E allora si può capire che debba essere responsabile della reticenza dolosa. Anche Gaio, nel fr. 35 § 8 D. 18-1, dice: « Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emtor si audisset, emturus non esset, teneri venditorem ». Nè a diversa decisione si potrebbe riescire, se si accentuasse il valore delle parole della clausola: *quod possideo*, chè l' intera pattuizione, sempre a causa della *demonstratio* dei confini, risulterebbe ambigua o oscura; nel qual caso dovrebbe valere la massima riferitaci da Papiniano nel fr. 39 D. 2-14: « Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori, et qui locavit, nocere; in quorum fuit potestate legem apertius conscribere ».

Malgrado però queste osservazioni, le quali dovrebbero escludere l' alterazione di quella parte del nostro fr. cui ci siamo riferiti, le ragioni di forma e di sostanza (specialmente queste ultime però) per cui il fr. si dimostra interpolato, sono tali che investono la genuinità del testo intero.

Digitized by Google

Il Gradenwitz [1]) dà per interpolate le seguenti parole: « non certioravit emtorem »; « si certioratus de loco certo fuisset »; « sed ad ea quae ignoravit, et de quibus emtorem certiorare nequivit ». Ma, che l'interpolazione di questo fr. non si debba contenere in limiti tanto ristretti, mi pare emerga chiaramente dalla considerazione che non è punto vero, che, togliendo quelle, il resto del testo corra benissimo. Difatti nel pr., ove non si tenga conto di quel « non certioravit emtorem », il periodo resta in aria ed il ragionamento sospeso a causa di quel *sciens tamen et rel*... Lo stesso si dica della fine del fr. dove le parole: « non ad ea pertinere debeat quae... » lasciano aspettare ragionevolmente il contrapposto: *sed ad ea*... Indizi formali i quali attestino una ben più larga alterazione non mancano. Si confrontino ad es. queste due parti del testo:

Cum haec generalis adiectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit nex excepit, pertinere non debeat... si certioratus de certo loco fuisset.	Quando haec generalis exceptio quae venditor novit quaeque specialiter excipere... non ad ea pertinere debeat sed ad ea quae ignoravit et de quibus emptorem certiorare nequivit

Per esprimere lo stesso concetto si adoperano presso a poco le identiche parole. Par quasi di vedere scrivere uno, il quale, essendo poco padrone della lingua, s'affanni a mettere assieme le stesse parole dell'originale, che gli sta innanzi, per dire cosa analoga o per aggiungere esplicando. È pure sommamente sospetta la congiunzione *etenim*. Ma, anche a prescindere da tali rilievi, havvi un argomento decisivo in base al quale si deve constatare che il responso di Modestino è stato gravemente e sostanzialmente alterato.

I patti relativi alla responsabilità per l'esistenza di servitù: « servitutes si quae debentur, debebuntur », « itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur » fanno parte anch'essi di quell'eredità, ancor fresca, del tempo repubblicano, ricca di un considerevole numero di formole, clausole e regole aventi un significato ed una por-

[1]) *Interpolationen*, pag. 237-38. Il LENEL, *Paling*. I, col. 744-45, n. 1 e 2. Modest. 298, segna questi tribonianismi: « si certioratus — fuisset »; « et de quibus — nequivit ».

Digitized by Google

tata già *determinata* e *fissa*. Questa eredità ricevette il diritto romano classico, e però errerebbe chi pretendesse che in esso abbiano ottenuto illimitato e generale riconoscimento, *specialmente nelle singole applicazioni*, i concetti, che un contratto di buona fede, qual'è la vendita non può tollerare pattuizioni che menino a conseguenze inique, e che in ogni caso il venditore *dolum malum abesse praestare debet* [1]. D'altro canto l'efficacia *assoluta* (tale da liberare anche il venditore sciente) di quelle clausole riguardanti le servitù si può dimostrare in modo *certo*, per un periodo, relativamente lungo, dello stesso diritto classico, in base alla considerazione, che durante questo lasso di tempo qualsiasi convenzione, anche quella di non rispondere per il dolo, aveva, come qualunque altra, la sua efficacia. Difatti ammesso, come abbiamo altrove dimostrato, che la responsabilità per dolo poteva venir *espressamente* esclusa dalle parti, a maggior ragione è necessario riconoscere che il patto: « servitutes si quae debentur, debebuntur » valesse di per sè ad escludere ogni responsabilità, anche pel dolo. La prova di ciò, sempre per quel periodo di tempo cui ci riferiamo, può emergere anche, da un testo di Proculo (VI *Epistol.*) conservatoci nel fr. 126 D. 50-16:

« Si, cum fundum tibi darem, legem ita dixi: uti optimus maximus esset, et adieci, ius fundi deterius factum non esse per dominum, praestabitur; amplius eo praestabitur nihil, etiam si prior pars, qua scriptum est: uti optimus maximusque sit liberum esse significat; eoque si posterior pars adiecta non esset, liberum praestare deberem; tamen inferiore parte satis me liberatum puto, quod ad iura attinet, ne quid aliud praestare debeam, quam ius fundi per dominum deterius factum non esse ».

Il giureconsulto è per la irresponsabilità completa del venditore ed argomenta dalla *lex contractus*, annettendo importanza decisiva solo a questi *verba* della convenzione: *ius fundi deterius factum non esse per dominum praestabitur*. Una responsabilità contrattuale, per il fatto del dolo, in opposizione ad essi sembra implicitamente esclusa.

Ciò posto, mi par chiaro, non è assolutamente possibile che Modestino nel nostro fr 39 attribuisse ai *veteres* la massima per la quale si dichiara responsabile per l'esistenza di servitù il venditore

[1] Cfr. Riccobono, *Bull.* loc. cit, pag. 192.

Digitized by Google

sciente, nonostante la clausola: « servitutes si quae debentur, debebuntur ». Ci vuol poco a capire che sono i compilatori che parlan qui. Eglino però nel mutare sostanzialmente il principio, che urtava il loro senso giuridico, non curarono, come avrebbero logicamente dovuto fare, di togliere quel riferimento ai *veteres* [1]), agli *auctores iuris*, che costituisce, fortunatamente, per noi l'indizio più sicuro dell'avvenuta alterazione. Ma se, come tutto induce a credere, nell'originario responso di Modestino si trovava l'accenno al principio giuridico che valeva per la clausola analoga relativa alle servitù, è probabile che il giureconsulto decidesse, in conformità di esso, per l'irresponsabilità del venditore, che avesse apposta la clausola: « vendo quicquid intra eos terminos possideo ».

Ad ogni modo questa è una semplice congettura, che, respinta, non infirma menomamente la seguente conclusione: al tempo del diritto classico, la convenzione: « servitutes si quae debentur, debebuntur » valeva ad escludere la responsabilità del venditore, anche per il dolo, o per essere più precisi, la regola del fr. 39, che detta pattuizione non valesse ad escludere il dolo, appartiene ai commissari giustinianei [2]).

4. Una formula simile a quella di cui ci siamo occupati or ora e diretta allo stesso scopo è la seguente: « itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur ». Se essa liberi anche il venditore è quistione che si esamina nel fr. 69 § 5 D. 21-1, estratto dal libro II delle *Quaestiones* di Scevola, congiuntamente all'altra se sia responsabile chi, taciuta la *condicio libertatis*, abbia venduto lo schiavo dicendo *perfusorie statuliberum esse*.

[1]) Questo riferimento ai *veteres*, agli *auctores iuris*, i quali, come s'è già detto, non potevano non essere per l'assoluta efficacia della clausola: « servitutes si quae debentur, debebuntur », rende d'altro canto improbabile la congettura dell'esistenza di opinioni discordi fra i giureconsulti a tal riguardo. Se difformità di pareri vi fosse stata, i compilatori, io penso, non avrebbero esitato a sopprimere nel testo l'opinione non adottata, per riferirci soltanto quella da loro accolta. Ed in tal caso non avrebbero avuto motivo di far dire ai *veteres* cosa contraria a quanto questi pensavano e scrivevano.

[2]) La prova certa che per diritto classico la convenzione « servitutes si quae debentur, debebuntur » escludesse la responsabilità del venditore, anche, sciente, risulterà chiara dalla dimostrazione dell'interpolazione del fr. 69 § 5 D. 21-1, in cui si esamina pure la portata della formula: « itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur ».

Digitized by Google

«Sed et si quis in venditione statuliberum perfusorie dixerit, condicionem autem libertatis celaverit, emti iudicio tenebitur, si id nescierit emtor; hic enim exprimitur, eum, qui dixit statuliberum, et nullam condicionem pronuntiaverit, evictionis quidem nomine non teneri, si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse, celavit; sicuti qui fundum tradit, et cum sciat, certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur, evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decepit emtorem, emti, iudicio tenetur».

Anche questo fr. però ha l'impronta dello stile della cancelleria imperiale. La mano dei compilatori si scorge sin dal pr. del fr. «Si id nescierit emptor», è una inutile aggiunta, che viene costantemente interpolata, cfr. fr. 1 § 1 D. 19-1. Ciò che segue, da *hic enim exprimitur* sino alla fine, ha l'aria di un commento. Ora è mai possibile che Scevola interpreti le sue stesse parole? Si aggiunga che si tratterebbe di un commento sicuramente sciatto quanto alla forma. Nota: qui dixit... *pronuntiaverit*, l'inelegante ripetizione del verbo *teneri*, l'insulsa ed inutile restrizione «si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse, celavit» (non era già detto prima: «condicionem autem libertatis celaverit»?), tradit, sciat e poi di sbalzo *dixerit*. Vuole poi essere richiamata l'attenzione sulle due seguenti ed identiche frasi:

evictionis (auctoritatis scr.) [1]) *quidem nomine non teneri.... sed emti iudicio teneri*;

evictionis (auctoritatis scr.) [1]) *quidem nomine se liberat sed.... emti iudicio tenetur*;

non già per osservarvi la dizione stereotipa: «empti iudicio teneri» adoperata anche in pr. del fr., ma per notare il *quidem.... sed*. È questa una forma, come ha osservato già il Di Marzo [2]), comunissima

[1]) Cfr. LENEL, *Palling.* II. col. 273, n. 1 e 6, Scaev. 138. Anche a *tradit* è da sostituire *mancipat.* V. lo stesso LENEL, ibid.

[2]) DI MARZO, *Sulla l. 16 pr. D. 33, 8;* estratto dalla *Temi Siciliana* (anno II, fasc. 6) pag. 4 e segg. I testi, raccolti dal Di Marzo, che hanno la forma caratteristica: *quidem... sed* od altra equivalente, come, ad es., *quidem... quod si, quidem... vero, quidem... autem*, sono i seguenti: fr. 22 D. 20-1, 31 D. 4-3, 16 D. 29-5, 47 § 1 D. 4-4, 32 D. 4-3, 7 D. 2-12, 61 § 1 D. 31, 22 pr. D. 39-3, 16 pr. D. 33-8. Per la dimostrazione delle alterazioni di questi testi per parte dei compilatori vedi le indicazioni date dal citato scrittore.

Digitized by Google

ai compilatori, i quali spesso adoperano il *quidem* per attaccare meglio ad un brano un'aggiunta propria.

A queste ragioni di forma fanno riscontro altre attinenti alla sostanza, le quali provano luminosamente che i commissari di Giustiniano non risparmiarono neanche questo testo.

Astrattamente parlando, un principio che nella specie del nostro fr. fermasse la responsabilità del venditore, il quale ha dichiarato, sia pure *perfusorie* [1]), che lo schiavo è uno *statuliber*, di fronte all'inattività, la più assoluta, del compratore, che non cura menomamente di conoscere la condizione sotto la quale al servo è stata lasciata la libertà (mentre deve pur sapere che è *statuliber* quegli la cui libertà dipende dal verificarsi di una determinata condizione), non sarebbe perfettamente rispondente a ragione. Per certo chi volesse, al solito, derivare questa responsabilità, nascente dal silenzio di una circostanza, che non puossi non considerare accessoria, rispetto all'altra principalissima relativa alla condizione di *statuliber*, dalla buona fede, renderebbe ancor più tirannico il dominio di questa nell'ambito della compra-vendita. Se poi passiamo a consultare i testi, troveremo pienamente confermate queste deduzioni d'ordine generale.

Ciò che s'impone categoricamente a chi vende uno *statuliber* è appunto, e soltanto, la dichiarazione che lo schiavo è uno *statuliber*. Fr. 39 § 4 D. 21-2: «Qui statuliberum tradit [2]), nisi dixerit, eum statuliberum esse, evictionis [2]) nomine perpetuo obligatur». Fr. 69 pr.

[1]) Si noti che *perfusorie* significa anche *superficialmente, in modo superficiale* (*genericamente* cioè). Cfr. GEORGES, *Diz. lat.-ital.* alla voc. *perfusorius*. Perciò la specie del nostro fr. potrebbe pure essere la seguente: Se alcuno vendendo uno schiavo dice *genericamente* che esso è uno *statuliber, ma* (*autem*) non dichiara la *condicio libertatis* che conosce... Osservo ciò, perchè i più riluttanti ad ammettere interpolazioni nei nostri testi non si lascino a bella prima convertire alla genuinità del fr. a causa di quel *perfusorie*, ricevendolo nel senso di «per imbrogliare», Del resto, come dimostrerò piu innanzi, le conclusioni non sarebbero diverse, anche quando il venditore volgesse in animo il proposito di imbrogliare un compratore assai credulo e balordo. *Imputet sibi* costui, se non avvertì nemmeno che se si compra uno *statuliber* deve pur esserci una condizione della libertà, che può interessare, che interessa anzi certamente di conoscere. Una legislazione puó ben, entro certi limiti s'intende, lasciarsi guidare dal principio che chi dorme non piglia pesci, come dice un volgare adagio, e lasciar sopportare perciò dai dormienti le conseguenze della loro balordaggine.

[2]) *mancipio dat* - auctoritatis (*i*) scr. V. LENEL, *Pal.* I, col. 464, n. 4 e 5, Iulian. 735. Il venditore il quale non dichiara che lo schiavo è uno *statuliber*

Digitized by Google

D. 21-2: « Qui libertatis causam excepit in venditione, sive iam tunc, cum traderetur (manciparetur scr.), liber homo fuerit, sive condicione, quae testamento proposita fuerit, impleta ad libertatem pervenerit, non tenebitur evictionis (auctoritatis scr.) nomine ». Qui non si parla invero di obbligo fatto al venditore di dichiarare anche la condizione sotto la quale la libertà è stata data allo schiavo. Mi si potrebbe però obbiettare che questi testi vanno completati appunto col principio stabilito nel fr. 68 § 5, in quistione. In questo caso non mi sarebbe difficile di infirmare il valore di una tale argomentazione in base ad una dichiarazione, si noti, dello stesso Scevola. Dessa è contenuta nello stesso fr 69 § 2 h. t.: « Rursus qui statuliberum tradit (mancipat scr.), si certam condicionem pronuntiaverit, sub qua dicit ei libertatem datam, deteriorem condicionem suam fecisse existimabitur, quia non omnem causam statutae libertatis, sed eam duntaxat, quam pronuntiaverit, excepisse videbitur; veluti si quis hominem dixerit decem dare iussum, isque post annum ad libertatem pervenerit, quia hoc modo libertas data fuerit: Stichus post annum liber esto, evictionis (auctoritatis scr.) obligatione tenebitur ». Mi domando: è mai concepibile che la massima del fr. 69 § 5, stabilente l'obbligo pel venditore di dichiarare anche la *condicio libertatis*, oltre che la condizione di *statuliber* dello schiavo, sia stata posta dal nostro Scevola, da quello stesso Scevola, il quale ci avverte nel fr. testè riferito, come l'alienante che renda nota la *condicio sub qua libertas data fuit*, faccia *deteriorem condicionem suam*? Queste ultime parole, se rendiamo il

risponde anche coll'*actio empti*. Cfr. fr. 9 § 1 D. 40-7, Ulp. 28 ad. Sabin. « Si statuliberum non eadem condicione heres vendat, causa eius immutabilis est, et luere se ab eo potest simili modo, ut ab herede. Si tamen suppresserit condicionem statuliberi, et ex empto quidem tenetur; graviores autem etiam stellionatus crimen important ei, qui sciens dissimulata condicione statutae libertatis simpliciter eum vendiderit ». Dal qual fr. si rileva anche che è la *dissimulatio* o *suppressio condicionis statutae libertatis* che rende responsabile il venditore, il quale abbia venduto lo schiavo, si noti, *simpliciter*, cioè senza dichiarare che era uno *statuliber*. Anche qui niente si dice della *dissimulatio* o *suppressio* della condizione sotto la quale fu data la libertà allo schiavo. Ma poichè questo silenzio è mantenuto costantemente in tutti i testi, che s'occupano della vendita di *statuliberi*, i quali pur accentuano, come s'è visto, il concetto dell'obbligo di render nota al compratore la condizione dello schiavo venduto, mi par lecito dedurre già da questi stessi frammenti l'inesistenza del dovere di far conoscere anche la *condicio libertatis*.

Digitized by Google

concetto in moneta spicciola, significano: il venditore farà meglio a tacere (la condizione sotto la quale venne al servo data la libertà), ma allora come conciliarle col principio del fr. 69 § 5 in virtù del quale l'alienante ha il *preciso* dovere di far conoscere al compratore anche questa condizione? La regola del fr. 69 § 5, anche quando questo fr. non fosse attribuito a Scevola, cui appartiene il § 2, in base alla dichiarazione in quest'ultimo contenuta, dovrebbe senz'altro giudicarsi aliena dalla mente di un giureconsulto classico, chè mai avrebbe potuto un tale giurista consigliare un *prudente* silenzio di una determinata circostanza, laddove questa, se taciuta, farebbe incorrere in una certa responsabilità.

Dunque il principio riferito nella prima parte del citato fr. 69 § 5 non è certamente di diritto classico. A questa conclusione non osta quanto si ricava dal seguente testo: fr. 54 § 1 D. 21-2 « Si heres statuliberum, qui sub condicione pecuniae dandae liber iussus est, vendiderit et maiorem pecuniam in condicione esse dixerit, quam dare ei iussus est, ex emto tenetur, [si modo talis est condicio, ut ad emtorem transiret, id est, si heredi dare iussus est servus] [1]; nam si alii dare iussus, quamvis veram pecuniae quantitatem dixerit, tamen si non admonuerit alii dare iussum, evictionis [2]) nomine tenebitur ».

In questa ipotesi, è vero, si obbliga chi ha dichiarato, che il servo è stato liberato sotto la condizione di dare una certa quantità di denaro, a far conoscere esattamente per intero la condizione stessa, cioè a dire, se questa somma lo schiavo deve pagarla ad altri che non sia il *dominus*; ma una tale massima si spiega indipendentemente dal preteso e generico dovere incombente al venditore di fare nota al compratore la predetta *condicio libertatis*. Essa si giustifica in base alla considerazione, che diversamente si trarrebbe veramente in inganno l'acquirente, essendo caso comunissimo che lo schiavo ottenga la libertà a condizione di dare alcunchè all'erede.

[1]) Mi paiono emblematiche le parole: *si modo - iussus est servus*. Si tratta di un'aggiunta la cui inutilità è rivelata dal fatto che nella esposizione del caso pratico si dice appunto, che il servo doveva dare la somma all'erede (*quam dare ei iussus est*). Osserva la *consecutio*: « talis *est*... ut *transiret* », non che l'esplicazione con *id est*.

[2]) *auctoritatis* scr. V. LENEL, *Pal.* I, col. 234, n. 3, Gai. 368.

Digitized by Google

A conferma di ciò si vedano i seguenti frammenti:

Fr. 8 pr. D. 40-7. Pomponius 8 *ad Sabinum* « Ita liber esse iussus: si decem dederit, liber esto, heredi dare debet; nam qui non habet, cui det, heredi dando ad libertatem pervenit ». 21 pr. h. t. Pompon. 7. ex Plautio «... veluti si is, qui certam pecuniam dedisset, liber esse, iussus est, non adscripto eo, cui; si dedisset eo modo poterit liber esse, quo posset, si ita fuisset scriptum: si heredi dedisset ». fr. 22. h. t. Paulus 3 ad Vitellium « Qui pecuniam dare iussus est, nisi adiectum sit, cui det, heredibus dare debet pro partibus hereditariis ».

In altri testi: Fr. 69 § 4 D. 21-2. Scaev. 2 Quaest. « Servus rationibus redditis liber esse iussus est; hunc heres tradidit (mancipio dedit scr.), et dixit centum dare iussum; si nulla reliqua sunt, quae servus dare debeat, et per hoc adita hereditate liber factus est, obligatio evictionis (auctoritatis scr.) contrahitur eo, quod liber homo tanquam statuliber traditur (mancipatur scr.). Si centum in reliquis habet, potest videri heres non esse mentitus, quoniam rationes reddere iussus intelligitur summam pecuniae, quae ex reliquis colligitur, iussus dare; cui consequens est, ut, si minus, quam centum in reliquis habuerit, veluti sola quinquaginta, ut, cum eam pecuniam dederit, ad libertatem pervenerit, de reliquis quinquaginta actio ex emto competat ». Fr. 10 D. 40-7. Paulus 5 *ad Sabinum*: « Si decem dare iussum heres vendiderit et tradiderit (mancipaverit scr.) dixeritque adscriptum libertati, si viginti dedisset, ex emto erit actio cum venditore; aut si dupla [1]) promissa est, ob evictionem duntaxat duplae repetitio erit, ex empto ob mendacium », nonostante la dichiarazione che lo schiavo è uno *statuliber*, si dà contro il venditore l'*actio empti*, ove egli dica che lo schiavo adempirà alla condizione mediante il pagamento di una somma, la quale sia maggiore di quella che effettivamente deve dare. Ma in tal caso se si accorda quest'azione, ciò dipende unicamente dal *mendacium*. Si inganna di fatti il compratore, il quale acquista ad un prezzo più alto lo schiavo, quando sa di dover ricevere una somma maggiore. Però chi vorrà seriamente sostenere che *dica* una menzogna quel venditore, il quale si limita a dire che il

[1]) La *duplae stipulatio*, di cui anche si parla nel testo, riguarda la promessa per evizione, ove questa avvenga per altra causa, quando cioè il servo non venga tolto al compratore pel fatto della libertà acquistata col verificarsi della condizione, ma perchè altri ne rivendichi la proprietà.

Digitized by Google

servo è uno *statuliber*, e null'altro aggiunge? Quindi nemmeno l'*actio emti* dei frammenti 69 § 4 D. 21-2 e 10 D. 40-7 può giustificare la concessione della stessa azione nell'ipotesi del fr. 69 § 5.

Per tutte queste ragioni è evidente che soltanto i compilatori, non certamente Scevola, possono avere stabilita la responsabilità del venditore, sciente, che non abbia resa nota al compratore anche la *condicio libertatis*. Se questo si ammette, non si può, necessariamente, non attribuire ad essi la estensione dello stesso principio al caso in cui l'alienante, il quale conosce l'esistenza di alcune servitù, dica *perfusorie*: « itinera actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur ». Per vero la concatenazione delle due ipotesi è così salda, che Scevola non si poteva logicamente valere della clausola riguardante la servitù e della relativa regola per confermare in via analogica la sua massima, opposta. Dico opposta, perchè parmi omai, dopo quanto si è esposto, fuor di dubbio che il nostro Scevola nel fr. 69 § 5 D. 21-2 decidesse per l'irresponsabilità del venditore.

Se teniamo conto di questi elementi e dei rilievi formali già fatti, non riesce peranco difficile di poter ricostruire il testo originario, ricomponendolo con quelle stesse sue parti che ci sono pervenute attraverso la compilazione [1]):

[1]) A tal uopo è necessario sopprimere quelle parole che possiamo dimostrare interpolate. E perciò si possono lasciar via certamente le seguenti: *empti iudicio tenebitur* (Scevola era per l'irresponsabilità del venditore) - *si id nescierit emtor* (questa è un'aggiunta inutile). - *hic enim exprimitur eum qui dixerit statuliberum* (non è presumibile che il giureconsulto sentisse il bisogno di interpretare le sue stesse parole, abbastanza chiare, peraltro) - *evictionis quidem* (invece di *evictionis* Scevola scrisse con certezza *auctoritatis*; il *quidem* appartiene ai compilatori, i quali, come abbiamo visto, se ne servono per appiccicare ai testi le loro aggiunte) - *sed emti iudicio teneri* (queste parole, che costituiscono l'aggiunta sono interpolatizie per la stessa ragione per cui lo sono le altre che si leggono in principio: *emti iudicio tenebitur*) - *si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse celavit* (quest'altro è un sicuro emblema tribonianeo; non è detto forse in principio: *condicionem autem libertatis celaverit?*) - *tradit* (il giurista scrisse indubbiamente *mancipat* o *mancipaverit* cfr. il seguente *dixerit*) - *evictionis quidem - sed quia decepit emtorem, emti iudicio tenetur* (si possono ripetere le stesse osservazioni fatte per la precedente aggiunta: *evictionis quidem, sed emti iudicio teneri*. La frase: *quia decepit emtorem* denota il movente dell'alterazione del testo; i commissari di Giustiniano, come dimostreremo meglio altrove sulla scorta di altre e numerose interpolazioni, ritenevano, nell'ipotesi del nostro fr., il venditore senz'altro in dolo, pel semplice fatto che egli conosceva la *condicio libertatis* taciuta.

Digitized by Google

« Sed et si quis in venditione statuliberum perfusorie dixerit | et nullam condicionem pronuntiaverit auctoritatis | nomine non teneri (etur), si condicione impleta servus ad libertatem pervenerit |; sicuti qui fundum mancipaverit, et cum sciat (eret), certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur, auctoritatis nomine se liberat ».

Ecco come suonerebbe presso a poco il genuino fr. di Scevola.

Se aggiungiamo ora a quanto si disse a proposito del fr. 39 D. 19-1 e della clausola: « servitutes, si quae debentur, debebuntur » la nuova e chiara prova che ci viene dall'alterazione del fr. 69 § 5 D. 21-2, possiamo, senza esitanza, affermare, che, durante tutto il periodo del diritto classico, quelle due formule, che conosciamo, mantennero la loro originaria portata, determinata e fissa, sì da escludere qualsiasi responsabilità del venditore, anche sciente. L'interpolazione dello stesso fr. 69 § 5, oltre che a questo risultato, ci conduce a stabilire che, secondo il diritto classico romano, il venditore, il quale, vendendo uno schiavo, avesse dichiarata, anche *perfusorie*, la condizione di *statuliber* del servo, ma non la *condicio libertatis*, andava esente da ogni responsabilità. Ciò vuole essere specialmente notato, perchè spesso si cita anche il fr. 69 § 5 a proposito della inefficacia del patto di non prestare l'evizione, nell'ipotesi che il venditore sappia di vendere cosa non sua.

5. Un'altra prova in sostegno del nostro assunto possiamo trarla dai principî, che regolano la vendita dell'*hereditas, si qua sit* e del *nomen* (*quale fuit*), e segnatamente da quelli stabiliti a tal riguardo dal diritto giustinianeo.

Alla vendita dell'*hereditas* presiede questa norma generalissima: (fr. 7. D. 18-4) « Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio; nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res; quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur » per cui resta esplicitamente esclusa nell'*hereditas* l'*emptio spei*. Ciò nonostante da alcuni testi apprendiamo chiaramente come la stessa giurisprudenza classica ammettesse che anche nell'eredità la vendita poteva cadere sul rischio. Fr. 10 D. h. t. Iavolenus 2 ex Plautio « Quodsi in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire, nec postea quidquam praestitum iri,

Digitized by Google

quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut, quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret ». Ma oltre al caso, che si comperi un'eredità controversa, ed intenzione delle parti sia che all'acquirente spetti come il vantaggio così anche l'eventuale pericolo, abbiamo pure nelle fonti esempî di contratti di compra-vendita conclusi nei seguenti termini: ti vendo quella qualsiasi eredità che potrà toccarmi: fr. 11 D. h. t. Ulpian. 32 *ad Edictum*: « Nam hoc modo admittitur, esse venditionem: si qua sit hereditas, est tibi emta, et quasi spes hereditatis; ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus ». Qui, conformemente alla volontà dei contraenti, secondo la quale oggetto del contratto è qualunque diritto successorio che in avvenire potrà spettare al venditore, l'incertezza, come nel caso della compera anticipata della pesca che si farà in un giorno o in un tratto di reti, cade sulla cosa istessa che si vende, sull'*hereditas*.

Ora posto che il venditore abbia detto, come nell'ipotesi del fr. 11, *si qua sit hereditas, est tibi emta*, quale principio troverà applicazione in ordine alla responsabilità dell'alienante? Nel titolo quarto del citato libro 18 del Digesto segue immediatamente al fr. 11 un testo così concepito: (fr. 12 D. h. t. Gaius X *ad Edict. prov.*) « Hoc autem sic intelligendum est, nisi sciens ad se non pertinere, ita vendiderit; nam tunc ex dolo tenebitur ». In esso quindi si afferma che il pericolo, rappresentato dal fatto che nessun diritto successorio venga attribuito al venditore, dovrà essere sopportato dal compratore, a meno che il venditore sappia che nessuna eredità gli spetta, nel qual caso sarà tenuto per dolo. Ma questa massima è di diritto classico? Ecco quello che per le nostre indagini ci interessa di accertare.

Gli indizi formali (la forma onde è espressa la restrizione *nisi* sciens... *tunc*[1]) è alquanto sospetta) da soli non sarebbero sufficienti per poter affermare che il testo appartiene ai compilatori, ma vi ha un rilievo sostanziale assai decisivo, a mio avviso, che non lascia dubbio su ciò. Il dolo del venditore, nel cit. fr. 11, si deriva dal fatto della scienza, dal fatto cioè che costui sappia che nessuna eredità gli

[1]) Nelle *Costituzioni* latine di Giustiniano non è infrequente nella costruzione del periodo anche la corrispondenza delle parole *nisi* ... *tunc*. Cfr. il *Dizion.* del LONGO alla voce *nisi*.

Digitized by Google

appartiene; ma, mi domando: come farà egli a sapere che mai alcun diritto successorio sarà per essergli attribuito? Si noti che l'alienante ha venduta quella qualsiasi eredità che potrà toccargli in avvenire. Ora, a meno che non si pensi ad un venditore il quale abbia la rara possanza di divinare il futuro, nissuno può dire che domani non sarà istituito erede. Il famoso zio d'America, un vecchio amico di cui abbiamo perdute le tracce, sì da non sapere dove e come viva, può sempre recarci la sorpresa d'una eredità che ci giunga gradita ed inaspettata. Dunque, mi pare ovvio, in tal caso il dolo del venditore, resultante dalla ricordata scienza, è addirittura inipotizzabile. Ma poichè non si può fare il torto ad un giureconsulto romano, sia pur esso Gaio, di attribuirgli il principio stabilito nel fr. 11, non ci resta che ricondurre la massima ai commissari di Giustiniano. E non già perchè essi si dimostrino sempre giuristi poco acuti, ma perchè, come vedremo più innanzi, è loro propria l'abitudine di apportare a principî già fermati restrizioni riguardanti il caso della scienza, dalla quale derivano spesso il dolo, anche là dove questo è inimmaginabile, o quella giuridicamente irrilevante.

Anche della vendita del *nomen* s'occupano parecchi testi.

Fr. 4 e 5 D. 18-4. « Si nomen sit distractum, Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare; debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit [1]); et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit [1])... »

Il principio contenuto in questo fr., che si suole così formulare: il venditore risponde della *veritas*, non della *bonitas nominis*, è ripetuto nel fr. 74 § 3 D. 21-2 Hermogen. II Iuris Epitomarum « Qui nomen quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur ». Qui però è detto di più. Di fatti si aggiunge (et dolum) che il venditore sarà però responsabile dell'inesigibilità del credito, ove versi in dolo, quando cioè sappia di vendere un credito inesigibile. A questo modo si interpreta comunemente il passo [2]). Ora - anche astraendo dalla considerazione che in questo caso i più elementari principî dell'avvedutezza consigliano al compratore di accertarsi della bontà del credito, pria d'acquistarlo -

[1]) *Nisi aliud convenit* e *nisi in contrarium actum sit.* Tribon.!

[2]) Anche i *Basilici*, 19, 11, 70, riferiscono il fr. 74 § 3 cit. in modo da confermare l'interpretazione comune.

Digitized by Google

sorprende un po' questa responsabilità per dolo del venditore, responsabilità che avrebbe stabilito il diritto classico. Costui, si noti, vendette il credito *quale fuit*, e però come spiegare che quello stesso diritto classico, il quale (fin nell'ultimo periodo del suo svolgimento, confr. l'interpol. del fr. 39 D. 19-1 di Modestino) assicura piena ed assoluta efficacia alla clausola analoga « servitutes, si quae debentur, debebuntur », non ritenga liberato il venditore, anche sciente, del *nomen?* Ciò induce il sospetto che le parole « et dolum » del citato fr. 74 § 3 siano interpolatizie. Per vero che esse costituiscano un incastro, più o meno violento, è cosa assai verosimile, anche per altro riflesso.

Chi legge il testo senza preconcetti è tratto dapprima ad interpretare le parole « non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur »: « ma (il venditore) non è tenuto per l'inesigibilità e pel dolo ». È soltanto in seguito, in vista dell'impossibilità che il giureconsulto escluda la responsabilità per *dolo*, che l'interprete *contorcendo la costruzione del periodo*, attacca l'*et dolum praestare cogitur* a ciò che sta scritto in principio: « duntaxat ut sit ». Ma, posto che il giurista non può aver detto che il venditore non deve rispondere pel dolo (per vero egli non può aver chiamato *dolo* quello che non è tale, il fatto cioè della scienza dell'inesigibilità di cui si sarebbe irresponsabili), e che perciò il passo non può intendersi nel senso che suggerisce la prima impressione, mi pare che l'artificiosità del costrutto risulti evidente. Questo rilievo è confermato dalla Glossa, la quale, pur avvertendo che il manoscritto fiorentino ha: *et dolum praestare* ..., legge invece: *sed et dolum praestare cogitur*. Difatti l'arbitraria inserzione del *sed* non potè essere consigliata che dalla poco naturale costruzione del periodo che altrimenti s'avrebbe nel fr.

Ora ogni artificiosità sparisce se si tolgono le parole « et dolum ».

Dunque anche nel caso della vendita d'una *hereditas si qua sit* e d'un *nomen quale fuit* [1]) è da escludere sia di diritto classico [2]) il principio che ammette la responsabilità del venditore sciente. Esso appartiene ai compilatori.

[1]) In mancanza di prove sicure che ci attestino il contrario, si può anche ritenere che il diritto classico sancisse la responsabilità del venditore d'un *nomen*, che sapesse di vendere un credito inesigibile, nel caso in cui egli non inserisse la clausola: *quale est*.

[2]) Anche quando non si voglia ammettere l'interpolazione del fr. 74 § 3 D. 21-2, si tenga presente che la massima stabilente la responsabilita del venditore sciente

Digitized by Google

Se ora mettiamo insieme i frutti delle indagini esegetiche sin qui fatte, troviamo che il principio, per cui si ritiene responsabile di dolo il venditore sciente che sa e tace un vizio della cosa, resulta interpolato nei seguenti casi:

a) « Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo » fr. 14 § 9 D. 21-1;

b) Se il venditore abbia espressamente dichiarato: « nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus non teneor » o, in genere, abbia adoperata per allontanare da sè ogni responsabilità, altra formula a scopo di inganno, e non per provvedere alla sua sicurezza; fr. 1 § 1 D. 19-1;

c) Ovvero abbia inserito la seguente clausola: « servitutes, si quae debentur, debebuntur », fr. 39 D. 19-1, o l'altra analoga: « itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur. fr. 69 § 5 D. 21-2;

d) Se nel vendere uno schiavo cui sia stata lasciata la libertà sotto condizione, si sia detto *genericamente* che esso è uno *statuliber*, senza specificare la *condicio libertatis*, fr. 69 § 5 cit.;

e) Se si venda quella qualsiasi eredità che in avvenire potrà toccare all'alienante, fr. 11 D. 18-4, fr. 12. ibid.;

f) Se il venditore dichiari di vendere il *nomen quale est*, fr. 74 § 3 D. 21-2;

g) E si potrebbe anche aggiungere l'ipotesi in cui l'alienante nel vendere il fondo così s'esprima: *vendo tibi quicquid intra illos terminos possideo*, fr. 39 D. 19-1. Ad ogni modo non insisto su questo caso per le ragioni già addotte a proposito dell'esegesi del fr. 39 cit.

Si tratta di ipotesi riguardanti tutte lo stesso contratto di compravendita, e per di più di clausole, colle quali si vuole escludere la responsabilità del venditore, analoghe, perfettamente analoghe al nostro *pactum de non praestanda evictione*. Chi vorrà più ora dubitare delle già di per sè chiare interpolazioni dei fr. 11 § 18 (*nisi forte sciens* –

d'un credito inesigibile appare in un testo di Ermogeniano. La giurisprudenza classica era già tramontata quando viveva e scriveva questo modesto autore di compendi.

Digitized by Google

quia dolo fecit) D. 19-1, e 6 § 9 D. h. t., nonchè dell'alterazione dello stesso fr. 11 § 15 (*ita demum - emti iudicio tenebitur*) D. 19-1? Che i compilatori giustinianei abbiano modificati questi ultimi testi per portare a maggiore evidenza un principio già enunciato dai classici, è ipotesi che si rende affatto inammissibile, quando ci è dato constatare che questo stesso principio è costantemente, e in più direzioni, interpolato in non pochi frammenti. Si potrebbe soltanto non ritenere improbabile la congettura, che già durante il periodo post-classico, il quale precedette la compilazione giustinianea, siasi venuta maturando la regola accolta dai compilatori.

Possiamo quindi con relativa sicurezza affermare, che la concessione dell'*actio empti*, diretta all'*id quod interest*, contro il venditore sciente di cosa non propria, il quale abbia pattuito di non rispondere per l'evizione, è di diritto nuovo, e che perciò il fatto della scienza dell'alienità della cosa venduta in tale ipotesi, come in tutte le altre indicate in cui l'alienante sa e tace il vizio, non doveva, secondo il diritto classico, costituire dolo.

Quest'ultima asserzione, conseguenza logica della prima, ci è sicuramente imposta dai resultati esegetici che abbiamo ottenuto, ma come si concilia essa colla concezione del dolo propria del diritto classico?

L'indagine, che saremo per fare qui, a fine di rispondere a cotesta domanda, sarà anche utile, perchè potrà dare una importanza dommatica alle conclusioni di questo modesto scritto.

Innanzi tutto mi pare che si debba escludere che determinate clausole, formule, tra cui anche il *pactum d. n. p. e.*, aventi sin da principio un significato, una portata già determinata e fissa, ed una efficacia *assoluta*, abbian mantenuta quest'ultima durante tutto il periodo di svolgimento del diritto classico. L'influenza dell'eredità del tempo repubblicano, ricca di un buon numero di queste formule, clausole, dovè indubbiamente sentirla il diritto dei primi tempi dell'impero, ma non è credibile che essa anche nei periodi più tardi di sviluppo, quando sicuramente dai giureconsulti si comincia a guardare di più alla sostanza che alla forma di un dato atto, continui ad essere efficiente.

Siamo perciò costretti a spiegarci per altra via la menzionata efficacia assoluta del patto di non prestare l'evizione durante il diritto classico.

Digitized by Google

Muoviamo dal concetto del dolo nella conclusione dei contratti [1]).

Secondo la tradizionale definizione di Labeone, ripetutamente accettata da Ulpiano [2]), il dolo malo è qualunque astuzia, inganno o artificio che si rivolga ad abbindolare, frodare o trarre altri in errore, o, per dire più semplicemente col Pernice [3]), ogni maliziosa, immorale macchinazione a danno di un altro.

Ora, data questa concezione, versa in dolo il venditore, il quale sa [4]) di alienare cosa non propria e pattuisce di non prestare l'evizione? Impiega egli un raggiro per trarre in inganno il compratore? A questa domanda niuno risponderebbe negativamente. Un tale venditore non vuole far sapere al compratore che la cosa, oggetto della vendita, non è sua, chè altrimenti questi, è ovvio, non comprerebbe. Però egli vuole, ad un tempo, non distogliere l'acquirente dalla conclusione del contratto, e assicurarsi preventivamente l'irresponsabilità per l'evizione. Per raggiungere lo scopo escogita un mezzo a ciò adeguato. Esso consiste in una formula, la quale possa *anche* far trasparire un fine lecito, quello cioè di volersi trarre d'impiccio, ove sorga l'evizione, di non voler avere delle seccature in ordine all'ablazione

[1]) È questa applicazione - ingenerazione voluta di un errore, in forza della quale l'errante viene determinato ad una dichiarazione di volontà - del dolo, che qui ci interessa di esaminare. Non risguardiamo perciò affatto le altre applicazioni - atti compiuti intenzionalmente da un debitore contrariamente al contenuto della sua obbligazione (dolo nell'adempimento delle obbligazioni); atti compiuti con intenzione immorale rivolta ad un effetto illegale (dolo nei delitti) - nelle quali il concetto del dolo è molto più ampio.

[2]) Cfr. fr. 1 § 2 D. 4-3. Nel fr. 7 § 9 D. 2-14 Ulpiano accenna di nuovo alla dottrina di Servio, seguita da Sesto Pedio, e ritorna al concetto labeoniano.

[3]) PERNICE, *Labeo*, II, I, pag. 208 e segg.

[4]) La *scientia* di per sè non costituisce senz'altro il dolo; si contiene piuttosto nel dolo del quale è un elemento. La stessa formula: *sciens dolo malo* fa di essa uno speciale requisito. E se spesso nelle fonti - cfr. su ciò PERNICE. op. cit. II, I, pag. 147, e i testi da lui citati, n. 2 - troviamo esser sufficiente la *scientia* perchè dolo si abbia - i giureconsulti adoperano la parola *sciens* da sola, ovvero *sciens prudensque* -, con ciò non risulta certamente indebolito il concetto del dolo. Gli è invece che in certe applicazioni si deve senz'altro desumere dalla scienza l'intenzione dolosa. Di fatti non può pensarsi sia sfuggito ai giureconsulti romani che nella *scientia* si ha una parte del dolo. Ciò, che vale pel dolo nei delitti, si deve ripetere pel dolo nella conclusione dei contratti. Qui, ad es., se il venditore, che conosce il vizio onde è affetta la cosa, pattuisce che non ne risponderà, la dolosa intenzione si deve ritenere per ciò stesso esistente. In questo modo si rimuove comunemente l'obbiezione, possibile, che il venditore, il quale sa di alienare una cosa non sua, non è per ciò stesso e senz'altro in dolo.

Digitized by Google

della cosa. Questo è appunto l'amo cui deve abboccare il compratore. Il venditore *specula* sulla *credulità* dell'acquirente e gli tende una rete ingannevole. E sia pure. Si noti però che non sarebbe nè efficace, nè decisivo l'argomento che si volesse trarre dalla buona fede, che domina il nostro contratto di compra-vendita, per sostenere che il diritto classico romano non poteva lasciare impunito il raggiro, del quale abbiamo discorso.

Per le ragioni che esporrò subito, non mi pare lecito argomentare nel seguente modo: La compra-vendita è un contratto di buona fede, ora *bona fides non palitur* che il venditore sciente di cosa non propria non debba rispondere dell'evizione, non ostante il patto di non prestarla.

Contrariamente ai *contractus famosi* (a. tutelae, societas, mandatum) la compra (e così anche la locazione) non è sottoposta alla signoria della *fides*, i contraenti cioè non sono specialmente tenuti a fedeltà e fraternità. Piuttosto nella conclusione del contratto, è tutto, vale sempre il proprio vantaggio, il proprio interesse. In ciò sta una decisiva concessione, imposta dalla necessità del libero commercio, da parte del dolo. Questo concetto del Pernice [1]), è egregiamente, nonchè assai chiaramente, svolto dal Fadda nelle sue lezioni [2]). Bisogna distinguere i contratti in cui ciascuna delle parti mira a tutelare il proprio interesse da quelli in cui invece lo scopo è di favorire interessi altrui; il dolo assume carattere diverso in entrambi. In quelli vige il principio, che non costituiscono dolo le consuete dissimulazioni o reticenze tollerate nel commercio. Si potrà dire che la morale non tollera neanche queste, ma la legge civile non può imporre certi precetti di morale, e deve impedire che si metta in forse la stabilità delle convenzioni, per ogni violazione delle norme di una rigida probità. In certi contratti il motivo che le parti hanno per conchiuderli è l'interesse proprio; e ogni parte è autorizzata a lasciarsi guidare dal suo interesse, anche quando sa che il contratto è dannoso all'interesse dell'altro contraente. Ciascuno pensa per sè, e deve supporre che lo stesso faccia l'avversario. Ben altrimenti accade in quei rapporti contrattuali o di obbligazione, che, come il mandato, la tutela,

[1]) PERNICE, op. cit. I, pag. 454.

[2]) *La teoria del negozio giuridico*. Lezioni raccolte da LUIGI FERRARA, anno 1897-98, pag. 234 e segg.

Digitized by Google

la *negotiorum gestio*, hanno per oggetto la gestione dei negozi altrui. In essi il motivo per stabilire il rapporto giuridico sta nell'interesse del *dominus*, e questo interesse costituisce per il gestore il punto di vista regolatore dal quale si deve lasciare guidare in tutta la sua attività.

Se dunque nella compra-vendita, contratto di buona fede, *in pretio naturaliter licet contrahentibus se circumvenire*, confr. fr. 16 § 4, D. 4-4 e fr. 22 § 3 D. 19-2, non si derivi dalla buona fede del rapporto la necessità che il raggiro del venditore sciente di cosa altrui, il quale pattuisce di non rispondere per l'evizione, non vada impunito.

Se è possibile e giuridicamente lecito, secondo il diritto classico, (questo non conosce, come è noto, la rescissione del contratto per lesione enorme, dovuta ai compilatori giustinianei) che venditore e compratore spingano tant'oltre l'inganno da vendere e comprare, rispettivamente, per 100 una cosa che vale *1* e viceversa, per la stessa ragione non si può trovare illecito, nè più immorale che l'alienante imbrogli l'acquirente vendendogli una cosa che gli potrà essere tolta. In entrambe le ipotesi l'una parte fa siffattamente il suo vantaggio da rendere nullo quella dell'altra, da causare anzi a quest'ultima una perdita patrimoniale.

Con ciò però non s'è ancora risposto al quesito: se un raggiro da parte del venditore, che conoscendo l'alienità della cosa inserisce la clausola per cui ogni sua responsabilità in ordine all'evizione deve restare esclusa, non si può negare, come spiegare l'efficacia assoluta attribuita a detta clausola dal diritto classico, che per tal modo non punisce il dolo? Ma neanche questo problema è forse insolubile.

La giustificazione giuridica del noto principio: *in pretio naturaliter licet contrahentibus se circumvenire*, ci potrà additare la strada da seguire. Se si dicesse che questa specie d'inganno è ammesso dal diritto, perchè le malizie rivolte ad accrescere o a diminuire il valore della cosa sono dell'uso nel commercio quotidiano, parmi evidente, non si colpirebbe la vera ragione giuridica della regola. Piuttosto si accennerebbe alla via onde questa si viene formando. Il diritto invece sanziona quel principio, *perchè ciascuna parte sa e deve prevedere che l'altra adopera simili arti ingannevoli*. Ora se l'uomo normale (il diritto dovendo essere di immediata e pratica applicazione deve

Digitized by Google

rivolgersi al tipo medio della comune degli uomini) ha e deve avere un tale accorgimento, *imputet sibi* chi si lasciò trarre nella rete. Data quindi quella premessa si opera col concetto di colpa, la quale esclude il dolo, perchè in questo, giuridicamente, non versa più l'un contraente, ove l'altro conosca o possa conoscere lo stato vero delle cose, che coll'inganno si cerca di occultare, ovvero di rappresentare diversamente.

Veniamo al caso, che ci interessa di più, in cui l'alienante che esclude esplicitamente la sua responsabilità per l'evizione della cosa, sa che questa non è sua. A tal proposito troviamo certamente ripetuto nelle fonti il principio che l'azione a causa del *dolus* (*in contrahendo*) resta esclusa quando il compratore conobbe il vizio afficiente la cosa. Esso, sicuramente di diritto classico, è ricordato in quegli stessi frammenti di cui ci siamo occupati per dimostrarli interpolati.

Dunque se l'acquirente sapeva di comprare una cosa altrui, chi gliela vendette, malgrado avesse la stessa scienza dell'alienità dell'oggetto, non potrà essere convenuto coll'*actio empti* a causa del suo dolo [1]).

Ma poichè il venditore dichiarò apertamente, esplicitamente, di non voler rispondere per l'evizione della cosa, mettendo così in *evidenza* il *vizio* (nel diritto) di essa, l'acquirente ebbe modo di poter conoscere quest'ultimo? Ecco il *punctum saliens* della questione. A me pare che col *pactum de non praestanda evictione* il compratore senz'altro venga posto in condizione di non ignorare o di non poter ignorare l'*eventuale esistenza del vizio predetto*. Il venditore, questo non si può negare, glielo ha detto espressamente che non intende assumere la responsabilità per *evizione*. Mi si potrebbe però obbiettare: ma il compratore, udita la dichiarazione dell'alienante, può aver pensato che questi la facesse unicamente per provvedere alla sua sicurezza, per prevedere una ipotetica ed a lui certamente sconosciuta causa d'evizione. Al che sarebbe facile di rispondere dicendo, che non

[1]) La restituzione del prezzo in caso di scienza del compratore che la cosa è altrui, è negata concordamente dai pandettisti moderni. Cfr. per tutti VANGEROW, III, § 610, n. 5; WINDSCHEID, II, § 391, n. 39; ARNDTS-SERAFINI, § 303, n. 6. Vedi anche PEROZZI, citata traduzione del GLÜCK, lib. 21, n. K, pag. 175. I testi da cui si ricava il principio sono indicati in VANGEROW, loc. cit.

Digitized by Google

vi ha alcuna *necessità logica* per cui l'acquirente debba pensare a ciò piuttosto che alla possibilità della effettiva esistenza d'una causa di evizione già nota al venditore, che per questo appunto si vuole assicurare l'irresponsabilità. Se mai il compratore all'una ipotesi e all'altra, tutte e due possibili, deve rivolgere il suo pensiero.

Se ciò si ammette, certamente *de se queri debet* chi avendo conosciuta la possibilità dell'evizione, o avendola ignorata mentre poteva prevederla, s'è determinato all'acquisto.

Questa regola, che l'azione a causa del dolo non si deve ammettere contro il venditore, quando il compratore, dato lo stato del rapporto, doveva conoscerlo, trova un rilevante appoggio nel fr. 43 § 1 D. 18-1. Il principio in esso contenuto, come sostiene giustamente il Mommsen [1]), è espresso in termini così generali che non si ha ragione alcuna di limitarlo al caso in cui l'alienante non versa in dolo riguardo alle sue *pollicitationes* (*dicta sive promissa commendandi causa*). Difatti, se si guarda alla connessione delle diverse parti del testo, l'esclusione dei casi di dolo [2]) non appare possibile e giustificata. Ora appunto nel cit. fr. 43 § 1 l'irresponsabilità del venditore si fa dipendere da ciò, che *ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit*, ovvero *non ignorare potuerit.*

Collo stesso principio « ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit, *o*, non ignorare potuerit », in sostanza, si opera nel fr. 14 § 10 D, 21-1, già riferito, per giungere a negare l'azione contro il venditore sciente del vizio. Di fatti ivi si dice espressamente: « ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis *ignoravit*, vel *ignorare potuit* ».

I due qui citati frammenti muovono dal presupposto dell'esistenza di certi vizî fisici, i quali sieno di per sè manifesti, evidenti. Resta

[1]) Friedrich Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, zweites Heft, pag. 151.

[2]) Il § 2 dello stesso fr. « Dolum malum a se abesse praestare venditor debet; qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam, qui insidiose, obscure dissimulat » va riferito, giusta la connessione dell'intero frammento, al vario comportamento doloso del venditore nei casi in cui egli *dicit et promittit* non *commendandi causa*, ma *ut praestet*. Cfr. fr. 37 (38) D. 4-3. Sulla relazione fra questo fr. ed il § 1 del fr. 43 che parla di *dicta commendandi causa*, che obbligano il venditore, vedi quanto si dirà più innanzi nel corso di questo scritto.

Digitized by Google

perciò a dimostrare come anche nelle stesse fonti l'*excipere nominatim* un vizio (col patto di non prestare l'evizione il venditore appunto *excipit nominatim* il vizio dell'alienità della cosa) equivalga perfettamente al fatto della evidente esistenza di esso, o per dir meglio, faccia palese la possibilità dell'esistenza di detto vizio. A tal uopo basta riferire il ragionamento che Ulpiano nel citato fr. 14 § 10 attribuisce al giureconsulto Celio Sabino. Se un morbo non è stato *nominatim exceptus*, ma sia tale che la sua esistenza non possa celarsi agli occhi di alcuno, ad es. lo schiavo che si vende è cieco, ovvero ha sul capo una cicatrice evidente e pericolosa, il venditore ciò non pertanto non sarà tenuto *eius nomine, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset.* Le quali ultime parole debbono così venir interpretate: essendo lo stesso come se avesse specificatamente eccettuato un vizio. Dal che non si può non desumere, poichè il giurista istituisce un paragone [1]) fra i due casi, che quando si eccettua espressamente un determinato vizio, si rende nota la possibile esistenza di esso; la qual cosa del resto è di per sè intuitiva.

Escluso per tal modo il dolo del venditore sciente di cosa non propria, spiegata l'efficacia assoluta del patto di non prestare l'evizione, non si debbono trovare contrari a quest'ultima, quei due principî, altrove ricordati, che sotto l'influenza della buona fede vennero stabiliti per opera di quel geniale giurista novatore che fu Salvio Giuliano.

Malgrado l'evizione della cosa venduta non sia ancora seguita, il compratore può rivolgersi contro il venditore sciente di cosa non sua per ottenere l'*id quod interest* – fr. 30 § 1, D. 19-1.

Nonostante il *pactum de non praestanda evictione*, il venditore ad

[1]) L'analogia fra le due ipotesi non può essere limitata al solo risultato, identico, che si avrebbe in entrambe, cioè irresponsabilità del venditore. Difatti se per poco si ammettesse che il pensiero del giureconsulto fosse soltanto questo: ... « come nel caso in cui un vizio venga *nominatim exceptus*, nel quale il venditore è irresponsabile. » le sue parole: « perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset » si mostrerebbero superflue. Per vero egli in principio col dire: « si nominatim morbus exceptus non sit » avrebbe accennato a questa irresponsabilità dell'alienante in tale ipotesi. Si aggiunga poi che il principio che segue immediatamente: *ad eos enim morbos et rel.* si deve logicamente riferire tanto al caso della evidente esistenza di un vizio, quanto a quello in cui detto vizio sia stato specificamente eccettuato. E allora le parole « *perinde ac si et rel.* » non possono non avere il significato più ampio che abbiamo loro attribuito ».

Digitized by Google

evizione seguìta sarà tenuto a restituire al compratore il prezzo — fr, 11 § 18, D. 19-1.

Queste norme segnano l' estremo limite cui la giurisprudenza classica spinse, sotto la forte influenza dell' elemento della buona fede, la responsabilità del venditore.

Più in là non si andò. Ritenere in dolo quel venditore che, sapendo di alienare cosa altrui, pattuisce l' esclusione della sua responsabilità per evizione, potrebbe parere naturale, in vista del mentovato elemento, tanto attivo da indurre deroghe a stabili principî, ma non sarebbe cosa giuridicamente esatta pel diritto romano classico. L'*actio empti* nella sua nuova funzione di azione di garanzia, per quanto più agile, libera, comprensiva, rispetto all'*actio ex stipulatu*, non può colpire il comportamento di un tal venditore, sotto un certo aspetto poco leale, appunto perchè esso non è doloso. Non ogni atteggiamento malizioso è negazione della buona fede (cui ha riguardo il diritto), ma soltanto quel dolo che è tale in senso tecnico. Ora nel caso nostro quest' ultimo resta escluso, perchè, lo ripetiamo, chi compra sa e deve prevedere la possibile ablazione della cosa anche per causa non ignota già al venditore all' atto stesso dell' inserzione del *pactum*. Ogni possibilità, invece, di un naturale accorgimento a tal riguardo manca affatto nelle ipotesi dei fr. 30 § 1, e 11 § 18. Qui chi vende tace affatto il vizio dell'alienità della cosa, non mette il compratore in condizione di poter conoscere quest' ultimo, e allora si comprende che, al suo dolo debbano riconnettersi conseguenze giuridiche a lui sfavorevoli [1]).

Ciò posto, per concludere su quanto si riferisce alla giuridica liceità dell'impiego di astuzie, di raggiri da parte dei contraenti nella compra-vendita, possiamo ripetere col Bechmann [2]): L'ideale della moralità è la negazione dell'egoismo, però chi prenda ad esaminare il contratto di compra-vendita deve sincerarsi di questa verità: non tutti gli obblighi morali sono rispettati entro la sfera della *bona fides*. L'enunciazione di pochi principî basterà per dimostrare questa asserzione.

[1]) Queste considerazioni non possono non togliere valore all' argomento tratto dai principî contenuti nei citati frammenti 30 § 1 e 11 § 18 D. 19-1, che giustamente si riconducono a Giuliano, per sostenere la genuinità della sostanza (che dovrebbe essere giulianea anch' essa) del fr. 11 § 15 D. 19-1.

Digitized by Google

Il *diritto classico* si mantiene, nel modo più assoluto, indifferente riguardo alla proporzionalità tra prezzo e valore della cosa.

Ognuno può, secondo lo stesso diritto classico, impunemente eccitare l'altro a comprare con ogni sorta di mezzi stimolanti, così come può viceversa acuire il desiderio di vendere per mezzo di false rappresentazioni intorno al vero valore dell'oggetto. A ciò si richiama l'*invicem sese circumscribere*, il *dicere commendandi causa* [1]), fr. 22 § 3 D. 19-2, 16 § 4 D. 4-4, fr. 37 D. 4-4, fr. 43 D. 18-1 [2]). (Il fr. 37 D. 4-4 è interpolato da *si vero decipiendi* in poi, come proveremo da qui a poco; lo stesso si dica del fr. 23 D. 19-2 del quale sono emblematiche le parole « si nullus dolus adversarii probari possit ». Vedine in seguito la dimostrazione).

Se a queste norme aggiungiamo che pel diritto classico non si punisce il raggiro del venditore, che, sapendo di alienare cosa non sua, pattuisce l'irresponsabilità per l'evizione di essa, il campo delle astuzie lecite si allarga, ma non per questo diviene certamente *illimitato*.

Se così è quale sarà quel *quid* che segnerà i confini tra questo campo e il dolo? Il limite è dato dall'impossibilità che l'una parte in base al normale accorgimento, alla normale avvedutezza, riconosca le arti maliziose, ingannevoli dell'altra. Al di qua di esso v'è la mancanza di ogni normale cautela, previggenza, che fa versare in colpa l'un contraente e libera perciò l'altro da qualsiasi obbligazione pel fatto del raggiro impiegato; al di là invece si trova la responsabilità dell'una parte la quale si comporta dolosamente a danno dell'altra, che non può prevedere l'inganno.

[1]) BECHMANN, op. cit., vedi i §§ 88, 89 e 90, pag. 639 e segg.

[2]) I *dicta sive promissa commendandi causa* non obbligano. V. fr. 37 D. 4-4: « Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est... » (il resto del fr., torno a ripeterlo, è dovuto ai compilatori. La dimostrazione di ciò si trova in altra parte del presente scritto). Questo principio è vero in genere. Se però il venditore non si limita ad esprimere un generale giudizio sulla bontà, sul valore della cosa, ma adduce speciali fatti o requisiti che aumentano quest'ultimo, anche il *commendare* lo rende responsabile, giusta la distinzione di Fiorentino, fr. 43 D 18-1: « Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam; et si dixerit hominem literatum, vel artificem, praestare debet, nam hoc ipso pluris vendit ». Vedi su ciò MOMMSEN, *Erörterungen*, pag. 145.

Digitized by Google

Siamo riusciti, operando coi principî generali, a giustificare l'irresponsabilità del venditore che pattuisce di non prestare l'evizione, nell'ipotesi che egli non ignori il vizio dell'alienità della cosa? E ove una tale giustificazione non si creda raggiunta, possono per ciò stesso infirmarsi gli ottenuti risultati esegetici?

Se, come abbiamo cercato di dimostrare, appartiene ai compilatori giustinianei il principio della responsabilità del venditore, che sa di vendere cosa altrui, nonostante il *pactum d. n. p. e*, quale la ragione che li indusse a mutare relativamente a questo punto il diritto classico?

A me pare che essi riguardo al dolo del venditore si sien lasciati muovere da un pensiero affatto etico, da un riguardo un po' esagerato alla buona fede[1]), che informa tutti i rapporti nell'ambito del

[1]) Con ciò non contrasta certamente il fatto che i giustiniani concedono al possessore di mala fede il risarcimento delle spese necessarie, e l'*ius tollendi* per le spese utili e anche per quelle voluttuarie. L'idea che muove Giustiniano è, come ha rilevato il Riccobono, una ragione di equilibrio patrimoniale, che cioè in nessun modo alcuno si debba arricchire con danno di altri, sia pure il perdente in mala fede («non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere»). Ma ciò non significa che i compilatori non abbiano in alcun modo considerato la buona fede. Difatti ove si concepisca la *bona fides* come il contegno del singolo verso l'altro, contegno imposto dalla natura etica del rapporto, ove si pensi che l'ideale della moralità è la negazione dell'egoismo, la riforma giustinianea si spiega per una causa altrettanto prossima, quanto quella dell'equilibrio patrimoniale, mediante cioè un riguardo alla stessa buona fede. Non sarebbe davvero buono il contegno del rivendicante il quale non volesse risarcire le spese fatte dal perdente. La sua condotta sarebbe moralmente riprovevole, giacchè egli s'arricchirebbe a danno d'altri, ed il principio: *nemo locupletari debet cum aliena iactura*, è pur esso eminentemente etico. Ma il rivendicante ha di contro un possessore di mala fede. Ebbene, non sarebbe, pei giustiniani, in buona fede nemmeno quegli, se volesse arricchirsi a danno di questo. È sempre dunque un riguardo eccessivo alla natura etica del rapporto che pone in condizione favorevole il possessore anche di mala fede. Nell'epoca della giurisprudenza classica aveva diritto al risarcimento delle spese il solo possessore di buona fede. Quello di mala fede in conseguenza di essa doveva sopportare a titolo di pena, quasi, la perdita del denaro speso. Al tempo di Giustiniano se le cose cambiano non è già per premiare il possessore di mala fede, ma per impedire la violazione di un principio altamente etico, per rimuovere un'offesa alla stessa *bona fides*, cui è certamente contrario l'arricchimento del revindicante, seguito dal depauperamento del perdente nel giudizio di rivendicazione. La formula: ristabilimento dell'equilibrio patrimoniale: riesce felice ed espressiva, se non la si considera in sè e per sè, ma se la si ricollega alla ragione per cui si vuole cotesto equilibrio patrimoniale.

Digitized by Google

nostro contratto. Questa buona fede l'hanno in svariate applicazioni concepita come norma di condotta, imposta ai contraenti, la quale non si deve discostare dai precetti della morale. E però dànno importanza al fatto della *scienza* del venditore o del contraente anche là dove essa non ha giuridica rilevanza in ordine alla responsabilità.

Si tratta di una tendenza, propria del diritto nuovo, che non è difficile scorgere attraverso non poche altre interpolazioni. Il rilevarla mi pare cosa tanto più importante, in quanto essa può certamente contribuire alla dimostrazione della tesi principale di questo scritto.

In istretta connessione con questa concezione affatto etica della buona fede sta la manifesta interpolazione di due frammenti.

Fr. 37 (38), Ulpian. 44 *ad Sabinum*. D. 4-3 : «Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est. [Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, se de dolo actio»].

La genuinità della seconda parte di questo fr. si potrebbe contestare richiamando qui l'opinione abbastanza diffusa (Burchardi, Arndts, Windscheid, Seuffert, Richelmann, Zirkler, Bechmann) che colla relativa «actio bonae fidei (actio empti)» si possa agire per rescindere il contratto di compra concluso per effetto del dolo del venditore. Di vero, data questa possibilità, il diritto classico non avrebbe mai concessa l'azione di dolo (cfr. fr. 1 § 4 D. 4-3). Gli è però che l'opinione riferita non domina incontrastata. L'ha combattuta con argomenti buoni il Pernice [1]). Di guisa che per dimostrare la falsità del testo si ricorrerebbe ad un principio falso, forse, anch'esso. Ma un esame attento del fr. non rende neanche accettabile l'avviso sostenuto sin dal tempo della Glossa, e ai nostri giorni diviso dallo stesso Pernice, che cioè l'*actio doli* nel fr. ulpianeo sia data per rescindere la compra conclusa a causa del dolo del venditore [2]). Il dolo dell'alienante non è sempre determinante [3]), può cioè essere incidente; ora in questo

[1]) PERNICE, *Labeo* II, I, pag. 176 e segg.

[2]) Anche il WINDSCHEID, *Dir. delle Pandette*, § 393, pag. 118 della trad. ital. n. 2, ferma il principio in base a questo fr. che il venditore, il quale, col vantare la cosa, ha tratto in inganno il compratore, può essere tenuto responsabile per causa di frode. Cfr. anche gli autori da lui citati.

[3]) Talvolta senza l'inganno l'un contraente non avrebbe stretto il contratto, tal'altra invece il dolo può avere influito soltanto sulle modalità del negozio. La distinzione dei commentatori tra il *dolus causam dans* e il *dolus incidens* è

Digitized by Google

secondo caso è coll'*actio empti* che si agisce, mai con quella di dolo [1]). Ciò posto mi pare evidente e naturale l'osservazione che il giureconsulto non si sarebbe espresso in modo tanto generale. A questa maniera egli non avrebbe detto cosa del tutto vera. Per questo riguardo non ha torto il Bechmann [2]), il quale afferma che la decisione d'Ulpiano è falsa nella sua generalità.

Di più le stesse parole del nostro fr. « quod venditor dicit ut commendet » richiamano necessariamente quella specie di dolo senza del quale l'atto si sarebbe sempre compiuto, sebbene a condizioni migliori. Ulpiano parla (nella prima parte) di quelle malizie adoperate quotidianamente per vendere più facilmente e ad un prezzo più elevato la merce. Ora secondo il diritto classico, se non si eccedevano i confini [3]) di questo dolo non giuridico, non nasceva azione *adversus dicta promissave*. Alcuni frammenti che s'occupano di quei *dicta et promissa* che obbligano, non accennano menomamente alla possibilità della rescissione del contratto di vendita. L'*actio empti* è l'azione con cui il compratore ottiene quanto di meno avrebbe pagato, se il dolo del venditore non fosse intervenuto. Cfr. fr. 13 § 4 D. 19-1, fr. 43 D. 18-1; vedi anche fr. 19 § 2 in fine D. 21-1. Tutto ciò rende sospetta d'alterazione la seconda parte del testo da *si vero* in poi. Essa fra l'altro comincia così: *si vero decipiendi causa,* cioè come se *quod venditor dicit ut commendet* non sia egualmente rivolto a trarre in inganno il compratore [4]). I rilievi che si possono fare riguardo alla forma tra-

indotta dal principio stabilito nel pr. del fr. 7 D. 4-3. Su di essa cfr. BECHMANN, op. cit. II, § 200, p. 301.

[1]) Cfr. per tutti il fr. 6 § 8 D. 19-1.

[2]) Loc. cit. pag. 300. Non si può invece aderire all'opinione del Bechmann, secondo il quale, Ulpiano avrebbe pensato alle azioni edilizie. Queste, egli dice, non sono di buona fede e non trovano luogo, se il venditore dichiara che non risponderà pei vizi della cosa. Ora, secondo il diritto civile, questo dolo si colpiva ed il venditore era sempre responsabile, nonostante avesse dichiarato (a ciò si riferirebbero le parole del testo: *adversus dictum promissumve*) di non assumere la garanzia pei vizi. L'avviso del Bechmann si rende inaccettabile perchè questa pretesa responsabilità del venditore, ove questi avesse eccettuato dei vizi la cui inesistenza non voleva garantire, non conobbe il diritto civile, sibbene quello giustinianeo.

[3]) Essi si varcano quando si va al di là del generale *commendare*.

[4]) Il MOMMSEN (*Erörterungen*, pag. 145) stesso, il quale presuppone la genuinità del fr. rileva questo controsenso. Difatti egli scrive che, se Ulpiano nel secondo principio della citata l. 37 dà importanza al fatto che il venditore abbia commen-

Digitized by Google

ducono questo sospetto in relativa certezza. Il Pernice [1]) conviene nel dire che la ripetizione di *actio* e l'espressione *actio adversus dictum* non sono classiche. Io richiamo anche l'attenzione sulla frase: *sic habendum est,* che si ripete a brevissima distanza. Come al solito anche qui non è facile poter ricostruire il testo originario [2]).

Ad ogni modo è certamente classica la prima parte del fr. Il principio: « quod venditor, ut commendet dicit, sic abendum, quasi neque dictum neque promissum est » ci è confermato dallo stesso Ulpiano nel fr. 19 § 3 D. 21-1: « Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur », e dalla generalissima regola del diritto classico « in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire », fr. 16 § 4 D. 4-4.

Segue la parte certamente interpolata in cui pare che i compilatori abbiano voluto stabilire che ciascuno deve rispondere del suo dolo. Il fatto che si ripete: « aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio » sta ad indicare che essi vogliono riferirsi [3]) a ciò che si dice all'atto della vendita per *commendare* in genere. Ora anche a tal riguardo ripugnava loro che se alcunchè si fosse detto per trarre in inganno (l'atto è certo moral-

data la cosa *decipiendi emtoris causa*, è da osservare in contrario come un *dolus in contrahendo* senza l'intenzione d'ingannare sia principalmente impossibile, ed inoltre, che a base di ogni *commendare,* anche il più generale, si ha l'intenzione d'influire sull'opinione del compratore intorno al valore della cosa. Perciò egli crede che Ulpiano, col secondo principio del fr. 37, si riferisca solo a quei casi in cui le lodi sono andate oltre il semplice e generale *commendare.* Mi pare però evidente che questa opinione del Mommsen, anche a voler prescindere dal fatto che il testo è interpolato, non possa seguirsi. Chi scrive dice appunto: « aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio » dunque si riferisce a quei *dicta promissave* che non obbligano. Difatti contro quei *dicta* e *promissa* coi quali si va oltre un *commendare* generico *nascitur actio* e dessa è l'*actio empti*, normalmente.

[1]) Op. cit. p. II, I, pag. 177, n. 3.

[2]) Secondo il PERNICE, loc. cit., se si accettasse l'opinione del LENEL (*Sabinus-system,* pag. 73 e segg.), giusta la quale Sabino in questo punto trattava degli argentari e dei contratti letterali, il testo originario si potrebbe così restituire: si vero... sic habendum est, ut non nascatur adversus argentarium propter dictum promissumve actio, sed de dolo actio detur adversus venditorem ».

[3]) Se la forma onde s'esprimono è infelice, ciò non deve punto meravigliare. Il concetto però sembra chiaro, ed è che si vuol punire il dolo del venditore, nonostante che contro quei *dicta et promissa* sia esclusa l'*actio empti.*

Digitized by Google

mente riprovevole), di questo dovesse trar profitto l'autore della frode, e però dettero l'azione di dolo contro il venditore. Giova però osservare che dalla concessione di questa *actio de dolo* non si può essere autorizzati a pensare che il dolo cui si ha riguardo, attuato mediante i noti *dicta et promissa,* sia determinante. L'importanza dell'infamia[1]) essendo quasi sparita al tempo di Giustiniano, pei commissarî era indifferente affatto dare l'uno o l'altro rimedio[2]) (*actio empti*).

Se, come dimostra l'interpolazione del fr. 37 D. 4-3, la liceità dell'inganno del compratore mediante lodi esagerate della merce, od altre simili arti maliziose, urtava il senso morale e giuridico dei giustinianei, un effetto diverso, ragionevolmente, non poteva produrre il noto principio: « in pretio emtionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire » del diritto classico. Difatti, in sostanza, tutto quanto si dice dalle parti contraenti, allorquando esse si fanno ad esaltare o a spregiare le qualità, il valore dell'oggetto, mira appunto a far aumentare o diminuire il prezzo di questo. E così a differenza del diritto pregiustinianeo pel quale il prezzo, purchè serio, non ha nel modo più assoluto alcuna attinenza necessaria col valore della cosa, il diritto nuovo[3]) stabilisce che chi ha venduto un immobile per un prezzo inferiore alla metà del suo valore può domandare la rescissione del contratto. Ora io non saprei negare che sullo stabilimento del principio della rescissione per lesione enorme abbiano in

[1]) Cfr. *Inst.* IV, 13, 11; BONFANTE, *Istituzioni di dir. rom.*, 3ª ediz., pag. 58.

[2]) A questo modo si spiega come essi, che talora per colpire il dolo dànno l'*actio de dolo* invece di quella contrattuale, interpolino qualche testo per dire che coll'*actio ex empto* si agirà contro il dolo del venditore. Cfr. fr. 68 § 2 D. 18-1. PROCULUS, VI, *Epistolarum:* Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quominus fundum emptor possideat, erit ergo ex empto actio [non], ut venditor vacuam possessionem tradat, [cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur]. Le parole chiuse fra uncini non possono non ritenersi emblematiche Non mancano gli indizi formali dell'interpolazione: *cum* coll'indicativo del futuro, *ne* adoperato per *ut non,* e l'imperfetto del congiuntivo *aestimaretur.* Sono buone ragioni di sostanza le seguenti: Il principio « *cum multis modis accidere possit, ne tradere possit* » è affatto giustinianeo. Non è vero che uno sia tenuto a sopportare l'azione diretta all'adempimento dell'obbligazione, soltanto se è in dolo. Su tutto ciò cfr. PERNICE, *Labeo* II, I, pag. 179, n. 1. A me pare inoltre argomento decisivo quello che si ricava dal fr. 11 § 8 D. 19-1: « et ex emto actionem esse, ut habere licere emtori caveatur, sed ut tradatur ei possessio ».

[3]) Le costituzioni 2 e 8 C. 4-44 sono interpolate. Cfr. GRADENWITZ, *Bull. dell'Istit. di dir. rom.* II (1889), pag. 14 e segg.

Digitized by Google

genere influito quegli stessi precetti etici attuati dai giustiniani, e pei quali alcune norme del nostro contratto di compra-vendita si informano ad una *bona fides*, che rispetta i canoni più rigidi della morale. In effetti secondo la concezione etica valore e prezzo della cosa debbono essere almeno proporzionali. Che anzi l'ideale etico esigerebbe che il compratore, il quale s'è convinto di avere acquistato a buon prezzo, restituisse volontariamente la differenza, e viceversa il venditore quello che ha ottenuto in più del valore dell'oggetto [1]).

E già durante la stessa compilazione delle Pandette mi pare che i commissari di Giustiniano abbiano dato il primo colpo alla regola del diritto classico, per loro immorale, giusta la quale le parti potevano impunemente ingannarsi a vicenda rispetto alla determinazione del prezzo. Si veda il fr. 22 (25) D. 19-2, Paulus, 34, *ad Edictum*: « Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est » il quale contiene l'estensione alla *locatio conductio* del ricordato principio che vale per la vendita.

Nel successivo fr. 23 Ermogeniano traeva una conseguenza assai ovvia: « et ideo praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest » che cioè il contratto non si poteva rescindere pel fatto che il conduttore avesse mediante inganno indotto il locatore a locargli la cosa ad es. per una *pensio* inferiore alla giusta. I compilatori però inserirono nel testo le parole « si nullus dolus adversarii probari possit », le quali non è arduo dimostrare che appartengano ad essi. Difatti, posto che questo dolo di cui qui si parla non possa consistere in altro che nell'impiego di arti, di malizie per la determinazione della mercede, poichè non vi ha ragionevole motivo di limitare pel diritto classico la restrizione « si nullus dolus et rel. » al solo caso della *locatio conductio*, la regola del fr. 16 § 4 D. 4-4, stabilita dal diritto pregiustinianeo, non sarebbe più vera; lo stesso si dica di quella del fr. 22 cit. Il controsenso tra l'*invicem se circumscribere* di questo fr. e la limitazione, tanto grave da annullare completamente la norma, che si ha nel

[1]) V. CICERONE, *De offic.* III, 15 § 62. Cfr. anche quanto dice in proposito il BECHMANN, op. e loc. cit. § 89.

Digitized by Google

fr. 23: « si nullus dolus adversarii probari possit », risulta evidente. È singolare certamente però che i compilatori abbiano lasciati inalterati i fr. 16 § 4 D. 4-4 e 22 § 3 D. 19-2 ed introdotto il nuovo principio a proposito della locazione. Si deve trovare la ragione di ciò nel fatto che solo dal fr. 23 D. 19-2 derivava in modo esplicito l'impossibilità della rescissione del contratto per la nota causa?

Ciò che ho detto a proposito dell'interpolazione dei frammenti 37 D. 4-3 e 23 D. 19-2, nonchè della ragione per cui si introdusse nel diritto nuovo la rescissione della compra per lesione *ultra dimidium*, mi pare che possa valere a mettere in evidenza la tendenza dei compilatori a dar rilievo a concetti etici nel giudizio sulla liceità giuridica di alcuni atti, riferentisi al nostro contratto di compra-vendita.

Una serie di non poche altre alterazioni di frammenti, relativi all' *emptio venditio*, conferma questa propensione dei commissarî giustinianei.

Primeggiano i casi in cui il fatto della *scientia* (vedremo, nelle singole applicazioni, di che cosa) vale a costituire il contraente in dolo, a renderlo responsabile.

Il fr. 57 D. 18-1 Paulus. V, *ad Plautium*, è quasi per intero fattura dei compilatori [1]) giustinianei. Riferirò qui quelle parti che ci interessano:

§ 1 « Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emtori quod interest restituere ».

§ 2 « Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat; et hic enim oportet, et venditionem stare, et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit non repeti ».

§ 3 « Quodsi uterque sciebat, et emtor, et venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente ».

[1]) Cfr. FABRO, *Contect.*, lib. XII, pag. 446-1, lib. VIII, pag. 247-2; EISELE, *Zeits. f. R. G.*, XX, pagg. 20; GRADENWITZ, *Interp.*, pag. 93; BRINZ, *Pandek.* II, § 94; VANGEROW, *Pandek.* II, pag. 263; BECHMANN, *Der Kauf.* II, pag. 465, n. 2; FERRINI, *Pandette*, pag. 570, n. 1; BONFANTE, *Istituzioni*, 3ª ediz., pag. 414, n. 2. Vedi anche LENEL, *Pal.* II, col. 1154, n. 4; *Paul.* 1116.

Digitized by Google

Nell'ipotesi del § 1 si può contestare la bontà della costruzione del rapporto. Difatti per giungere al risultato che *venditor emtori quod interest debet restituere* si mantiene in piedi il contratto di compravendita [1], nonostante sia vero che l'oggetto venduto non è in *rerum natura* (anche nel caso che la casa sia incendiata in parte, chè tutta la casa, non una parte di essa si comprò). Ma ad ogni modo la responsabilità dell'alienante a causa della sua *scientia* appare giustificata.

Chi mai però potrebbe approvare il principio stabilito nel § 2? Il compratore qui si ritiene in dolo, e perciò lo si costringe a pagare il prezzo di compra [2]. Egli verserebbe in dolo [3], perchè sa che la casa è bruciata. Ma come può sostenere il venditore d'essere stato ingannato, e in che? Il fatto della scienza del compratore, ci vuol poco a convincersene, è assolutamente irrilevante dal punto di vista giuridico. Ma così non la pensarono i commissarî di Giustiniano, che scorgevano un comportamento doloso nell'acquisto della casa incendiata da parte dell'acquirente, sciente. Gli è appunto perciò che obbligano costui al pagamento del prezzo di una cosa che non è *in rerum natura*. Non va omesso che a questo modo l'alienante riceve il prezzo di ciò che non ha dato. La regola fissata dai compilatori, per quel che riguarda questa responsabilità del compratore sciente potrebbe non apparire assurda nel solo caso del fr. 58 D. 18-1, anch'esso in parte interpolato [4]. « Arboribus [quoque] vento deiectis, vel absumtis igne dictum est, emtionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore; [sive autem emtor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt »). Per vero chi ha dichiarato di comprare il fondo *contemplatione illarum arborum*, se nonostante sappia che il

[1]) Il diritto classico avrebbe invece concesso un *actio in factum*.

[2]) Che il compratore sciente non possa ripetere il prezzo già pagato è principio che si può giuridicamente giustificare operando col concetto di donazione.

[3]) Il Mommsen, *Erörterungen*, pag. 171, dice espressamente che nel § 2 del nostro fr. 57 viene deciso un caso di dolo. La conseguenza di questo dolo, secondo lui, consiste in ciò che il compratore perde l'eccezione, la quale egli altrimenti avrebbe potuto opporre contro l'azione del venditore rivolta al pagamento dell'intero prezzo di compra.

[4]) Cfr. Fabro, *Ration*, t. 3, vol. 3, pag. 265; Eisele, *Zeitscr. der Savigny-Stif. für Rechtsg.* XI, pag. 19; Bonfante, *Istituzioni*, 3ª ediz., pag. 414, n. 2.

Digitized by Google

vento ha sradicati gli alberi, o che il fuoco li ha distrutti, si determina ad acquistare l'immobile, dà ragionevolmente a pensare di avere per ciò stesso rinunziato a quel tal riguardo.

Il § 3 del fr. 57 poi enuncia una massima propria dello stesso diritto classico. Vuole però essere notato, sebbene ciò non abbia attinenza col nostro tema, che la forma onde i compilatori s'esprimono è, a mio avviso, la causa prima per cui si continua anche oggidì a parlare di *compensazione* di dolo invece che di *concorso* di dolo [1]).

Fr. 62 § 1 D. 18-1 Modestinus, V, *Regularum*: « Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur ».

Come è noto [2]), appartiene a Giustiniano l'estensione del principio del diritto classico, il quale riconobbe soltanto la validità della vendita di un uomo libero come schiavo a fine di ammettere l'esperimento dell'*actio empti*, ad ogni altra cosa incommerciabile, nel caso di inscienza del compratore. Quindi niun dubbio che il nostro fr. 62 § 1 sia interpolato. Il diritto classico operando, evidentemente, col principio della colpa (la *culpa in contraendo* dei moderni) riteneva, nell'ipotesi del cit. fr., responsabile il venditore del danno derivato al compratore pel mancato contratto di compra (dell'interesse negativo di contratto, come si direbbe oggi). L'azione accordata all'acquirente era un'*actio in factum* [3]). I compilatori, invece, presuppongono

[1]) I soli testi, in tutte le Pandette, che parlino di compensazione di dolo sono questo fr. 57 § 3, in cui si dice « dolo inter utramque partem compensando » ed il fr. 3 § 3 D. 2-10 del quale sono interpolatizie le parole « ab utraque parte dolo compensando ». Ai giureconsulti classici è estranea affatto questa espressione. Cfr. fr. 33 (37) D. 4-3; 39 (40) D. 24-3; 7 D. 29-4; 48 § 4 D. 21-1; 4 § 13 D. 44-4; 154 D. 50-17. Tutt'al più si arriva a dire, come fa Papiniano nel fr. cit. 39 D. 24-3, « paria enim delicta mutua pensitatione dissolvuntur ». Una siffatta formulazione del concetto deriva dalle scuole orientali di diritto romano?

[2]) Cfr. BONFANTE, *Istituz.*, pag. 414 ed i testi, interpolati, ivi indicati; FERRINI, *Pandette*, pag. 571, n. 3; SCIALOJA in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, vol. II (1889), p. 178.

[3]) Cfr. fr. 8 § 1 D. 11-7 e FERRINI, *Pandette*, pag. 572, n. 3.

Digitized by Google

in opposizione all'ignoranza del compratore la *scientia* del venditore e per ciò solo, considerando questi in dolo, dànno contro di lui l'*actio ex emto* diretta ad ottenere *quod interfuit emptoris ne deciperetur.*

Fr. 38 § 7 D. 21-1, Ulpianus, II, *ad Edictum Aedilium curulium*: «Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt in iumentis non adeo, utputa si mulus castratus est, neque morbi, neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid eius detrahitur, neque de utilitate, cum ad generandum nunquam sit habilis. Caelius quoque scribit, non omnia animalia castrata ob id ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem facta sunt imbecilliora; et ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert Ofilium existimasse, equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est; [sed si emtor ignoravit, venditor scit, ex emto esse actionem]; et verum est quod Ofilius».

Anche a voler prescindere dalla forma (nota il presente *scit* accanto a *ignoravit*), si può per ragioni sostanziali provare con certezza, che la restrizione: «sed si ignoravit - esse actionem» non appartiene ad Ulpiano, ma ai compilatori giustinianei.

Come si dimostrò altrove, il diritto civile accordava contro il venditore sciente l'*actio emti*, anche quando costui non dovesse rispondere per l'esistenza del vizio secondo il diritto degli edili. Ma, ciò è ovvio, perchè responsabilità vi fosse era necessario che il vizio esistesse. Ora chi può immaginare che secondo il diritto classico romano si ritenesse difettoso un mulo castrato? Questo animale per effetto della castrazione non perde nè la forza, nè la potenza a generare; dunque *nihil de fortitudine, neque de utilitate eius detrahitur* e però il *morbus* o *vitium* è affatto inesistente. Veniamo al caso della vendita di un cavallo castrato, cui si estende anche[1]) il principio: «si emtor ignoravit, venditor scit». Celio Sabino, Ofilio e Ulpiano erano concordi nell'ammettere che anche un cavallo castrato si dovesse con-

[1]) È fuori di dubbio che la restrizione *sed si emptor et rel.*, concepita in termini generali, riguardi le due ipotesi di vendita di un mulo e di un cavallo, castrati.

Digitized by Google

siderare sano; difatti, eccezion fatta pei cavalli stalloni [1]), la castrazione di quest' altro animale non costituisce vizio, chè per essa non risulta certamente diminuita la utilità cui si ha riguardo. Perciò in quest' altra ipotesi il *morbus* è parimenti inesistente. Si aggiunga che anche a non voler negare, il che non si può, l'esistenza di questo vizio, la responsabilità del venditore sciente resterebbe esclusa pel fatto della evidenza di esso. Chi vorrà negare che si possa facilmente riconoscere un cavallo castrato? Quindi, concludendo, la scienza che abbia il venditore della castrazione degli animali qui ricordati è assolutamente irrilevante dal punto di vista giuridico. Soltanto i compilatori, per la considerazione che chi sa e tace questa circostanza si comporta in modo poco morale, possono stabilire una responsabilità per dolo.

Fr. 45 (46) § 1 D. 19-1 Paulus, V, *Quaestionum*: « Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego aedificavero, atque ita eam dominus evincit; nam, quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat; quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas debeat; quodsi emtor non possideat; aedificium vel servum, ex emto habebit actionem. [In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet] ».

Le parole finali « In omnibus - teneri debet » riescono sommamente sospette oltre che per ragioni di forma (nota *in omnibus his casibus, omnimodo*) anche per altre che tengono alla sostanza. Con esse si statuisce, relativamente alla specie del fr. 45 § 1, il seguente principio: anche quando il possessore evitto non si valga del diritto di ritenzione, che gli compete contro il domino evincente, per il rimborso delle spese fatte, il venditore, *qui sciens alienum vendidit*, sarà lo stesso tenuto coll'*actio emti*, s'intende, all'*id quod interest*. Ora, che

[1]) A questo caso speciale non si riferiscono certamente i tre citati giureconsulti. Ne è prova l'argomento della indiminuita utilità che si adduce per negare l'esistenza del difetto.

Digitized by Google

per colui il quale vendette scientemente una cosa altrui vi sia nello stesso diritto classico un aggravamento di responsabilità, è fuori di dubbio. Però non mi sembra altrettanto certo, sempre per il diritto classico, che il fatto che il possessore, mentre poteva, non curò di ottenere dall'evincente il rimborso delle spese, non debba menomamente influire per scemare l'aggravata responsabilità del venditore. Per vero basta guardare a quanto accade, ove chi potendo agire contro il fatto doloso altrui con un'altra azione che non sia quella di dolo, non se ne sia avvalso e l'abbia perduta, per convincersi che nel caso da noi esaminato, se dovesse imperare la norma stabilita nell'ultima parte del fr. 45 § 1 anche per il diritto classico, questo non sarebbe più conseguente a se stesso. Difatti, stando a quanto riferisce Ulpiano, nel fr. 1 § 6 D. 4-3 è detto: «Idem Pomponius refert Labeonem existimare...; et si alia actio tempore finita sit, hanc (sc. de dolo actionem) competere non debere sibi imputaturo eo qui agere supersedit...» Dunque chi lasciò prescrivere l'azione non avrà nemmeno quella di dolo per agire contro il comportamento doloso dell'altro, e intanto non l'avrà, in quanto deve imputare a se stesso d'avere perduta la prima. Ma se così è, la perdita del rimedio giuridico per fatto proprio è ben importante, anzi, dirò, tanto importante, che l'autore del dolo si guadagna l'irresponsabilità. Ora come mai ben diversamente starebbero le cose per lo stesso diritto classico nell'ipotesi del cit. fr. 45 § 1, dove, si noti, il fatto imputabile al possessore di non aver curato di ottenere il rimborso delle spese, se preso in considerazione, trarrebbe a scemare la responsabilità del venditore sciente, mai a procacciargli la liberazione da qualsiasi obbligo?

Se si ammette l'interpolazione, questa, non c'è dubbio, appare fatta secondo la stessa direzione delle altre sin qui rilevate.

Fr. 15 D. 16-6 Gaius, II, *rerum cot.*: «Si vina, quae in doliis erunt, venierint, eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor, tenebitur emtori, quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.

Digitized by Google

[Plane si, cum intelligeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emtorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse] ».

Per la retta intelligenza del testo, in cui il giureconsulto addossa il *periculum* al compratore che non assaggiò il vino, ovvero *degustando male probavit*, sarà opportuno di richiamare i principî in ordine alla responsabilità del venditore a causa di determinati vizî (*acor* e *mucor*). Se il venditore affermò [1]) la *bonitas* del vino, non v'ha dubbio, se questo va poi a male, egli ne risponderà di fronte al compratore. In mancanza però di una tale dichiarazione, il diritto alla *degustatio* [2]) spettante al compratore induce delle modificazioni relativamente a questa responsabilità dell'alienante. Costui si dichiara libero da qualsiasi obbligazione malgrado l'esistenza del vizio, perchè il compratore *de se queri* debet *si non degustavit, sive degustando male probavit.* Riguardo dunque a questa speciale vendita viene meno l'obbligo che il diritto civile fa ad ogni compratore di dichiarare il vizio, conosciuto, della cosa, o per dir meglio non si deriva dal silenzio di detto vizio alcuna responsabilità pel venditore. Difatti, poichè il compratore, mediante la *degustatio,* cui ha diritto e che normalmente ha luogo [3]), può accertarsi della bontà o meno del vino, chi troverebbe

[1]) Sin da tempo antico nella *lex venditionis* si prometteva l'assenza di determinati vizi (*acor* e *mucor*).

[2]) Il Goldschmidt, *Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr.* I, pag. 73 e segg., dalle dichiarazioni delle fonti intorno alla *degustatio* trae il principio che nel commercio del vino valesse la regola che l'assaggio spettava sempre al compratore, anche senza espressa riserva. Questa opinione, combattuta dal Fitting, Riv. cit., II, pag. 205 e segg., il quale ammette soltanto l'usualità della riserva dell'assaggio, e validamente sostenuta dal Karlowa, *Röm. Rechtsg.* II, pag. 627 e segg., e si può dire la dominante. Se non viene stabilito un termine, il compratore deve fare l'assaggio non appena può, quindi tosto che il venditore si dichiari pronto a ciò (le parole *quandoque degustare emptor poterit* del fr. 4 § 1 D. 18-6, secondo la probabile congettura del Karlowa, si debbono così emendare: « quando emptor degustare poterit, degustare debet »). Se l'acquirente non assaggia il vino tosto che può, ovvero entro il termine fissato, *vinum pro degustato erit.*

[3]) Cfr. fr. 4 § 1 D. 18-6: « Si aversione vinum veniit, custodia tantum praestanda est; ex hoc apparet, si non ita vinum veniit, ut degustaretur, neque acorem, neque mucorem. venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emtorem pertinere. *Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet;...* » Queste ultime parole debbono venir intese nel senso che il diritto d'assaggio spettante al compratore doveva essere escluso per espressa pattuizione, che altrimenti competeva sempre. Cfr. su ciò Karlowa, op. cit pag. 268, n. 4.

Digitized by Google

giusta e conforme alla necessità del libero commercio l'imposizione che il diritto facesse al venditore di dichiarare i vizî? Il diritto all'assaggio è preordinato appunto anche a questo scopo. E così come il venditore sciente, in genere, rimane liberato pel fatto che il compratore *poteva* sincerarsi dell'esistenza del vizio della cosa (conf. quanto s'è detto altrove a questo proposito), allo stesso modo chi ha acquistato del vino che va a male non può rivolgersi contro chi glie lo ha venduto conoscendone i difetti, perchè *de se queri debet* se non li avvertì, mentre poteva facilmente scoprirli per mezzo della *degustatio*.

Queste considerazioni rendono evidente l'emblema triboniano che si ha nelle parole « Plane si - admonitum fuisse » La limitazione con *plane*, di per sè molto sospetta, al principio: « quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet », posto da Gaio, non può appartenere allo stesso giureconsulto. I compilatori anche qui vedono un comportamento sleale del venditore, il quale non fa noto al compratore che l'attuale bontà del vino non è duratura. Secondo il loro pensiero, egli è in dolo! I soliti preconcetti etici fanno dimenticare che il compratore, come ben dice Gaio, *de se queri debet* se non assaggiò il vino, o altrimenti *male probavit*, e che perciò la scienza del vizio da parte del venditore è giuridicamente irrilevante.

Fr. 21 pr. D. 21-2. Ulpianus, 29, *ad Sabinum*: « Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis; [de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit] ».

In che cosa si ravvisa questo *dolus* del venditore di cui si parla nel testo? Sebbene espressamente non sia detto a quale dolo si abbia riguardo, pure è fuori di dubbio, come pensa giustamente il Mommsen [1]), che l'ipotesi prevista sia quella in cui il venditore sapesse di alienare uno schiavo altrui. Ciò posto il fr. in esame fa al caso nostro.

Si può discutere [2]) se le parole « quia nemo eum evincat, sed

[1]) Mommsen, *Erörterungen*, pag. 158.

[2]) Il Pernice, *Labeo* II, I, pag. 223, n. 3, dice che la giustificazione con *quia* ammette prima ciò che poco dopo si dà come definizione di Giuliano, e che per

Digitized by Google

factum humanae sortis » siano anch' esse – così crede il Pernice – interpolate, ma è certo che quelle chiuse fra uncini appartengono ai compilatori giustinianei. Ne è prova evidente la considerazione che, se mai, Ulpiano avrebbe accordato contro il venditore sciente l'*actio empti*, non quella di dolo [1]). Assodato però che la concessione di questa azione di dolo non è di diritto classico, questo, domandiamo, avrebbe data nel caso del fr. 21 l' *actio empti*, ove il venditore avesse conosciuta l' alienità dello schiavo? Mi pare ben importante indagare ciò, giacchè l' interpolazione avvertita nel testo di Ulpiano non può di per sè sola autorizzarci ad ammettere che il diritto classico lasciasse senza difesa alcuna il compratore. Non manca invero tra i romanisti chi [2]) sostenga che la responsabilità del venditore derivante dalla *stipulatio habere licere*, a differenza di quella nascente dalla *mancipatio*, trovava sempre luogo quando questo *habere licere* non veniva di fatto assicurato, nonostante che la privazione di esso non si dovesse al *iudicio evincere*. Intendo parlare di quei casi in cui *stipulatio non committitur*, e malgrado ciò si può convenire il venditore coll' *actio empti* Ora, come è facile comprendere, se questo principio fosse di diritto classico, non si potrebbe più ritenere estranea a quest'ultimo la concessione dell' *actio empti* nell' ipotesi del fr. 21. Difatti se cotesta *actio ex empto* compete al compratore anche quando la stipulazione non si può dire *commissa*, perchè manca il *iudicio evincere*, a *fortiori* dovrebbe spettargli, nelle stesse condizioni, se il venditore sapeva che la cosa non era sua. Ma gli è che l' *actio empti*, di cui qui discorriamo, deriva piuttosto dai compilatori. Si osservino, per vero, i seguenti frammenti:

di più essa è espressa in cattivo latino. Il primo rilievo non è certamente decisivo. Altrettanto si può affermare riguardo al secondo. È la frase *factum humanae sortis* che, secondo il romanista tedesco, non ha sapore classico? Si confrontino allora le locuzioni, secondo ogni apparenza, classiche dei fr. 30 § 6 D. 23-2 (« Nec per naturam humanae condicionis ») e 35 (34) § 4 D. 39-6 (« cui ex humana sorte »).

[1]) Così anche il PERNICE, loc. cit.

[2]) Vedi ad es. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, 624 e quasi tutti i pandettisti, che, come lui, non avvertono le interpolazioni dei fr. relativi a questo punto. Il RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, pag. 94, poi, tuttochè riconosca l' interpolazione, dice che sembra, nonostante che il fr. 21 pr. sia alterato, essere nello spirito del diritto classico, che il venditore di cosa altrui rimanga, anche dopo il perimento di essa, obbligato coll'azione di dolo o con quella derivante dal contratto di compra.

Digitized by Google

Fr. 9 D. 21-2. Paulus, 76, *ad Edictum*: « Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione (*de auctoritate* scr.), quoniam servus non potest evinci, [sed in ex empto actionem decurrendum est] ». Per l' interpolazione. evidente, delle parole « sed - decurrendum est » confr. Ferrini, *Pandette*, p. 691, e Pernice, *Labeo* II, I, pag. 268, n. 2.

Fr. 41 D. 21-2. Paulus, 2 *ad Edictum Aedilium curulium*: « Si ei, cui vendidi, et duplam promisi, cum ipse eadem stipulatione mihi cavisset, heres extiterim, evicto homine nulla parte stipulatio committitur; neque enim mihi evinci videtur, cum vendiderim eum, neque ei, cui me promissorem praestarem, quoniam parum commode dicar ipse mihi duplam praestare debere § 1. Item si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest, nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio [His igitur casibus ex emto agendum erit] ». È chiaro che il periodo finale appartenga ai commissarî di Giustiniano. Eglino (la frase *his casibus* abbraccia le due ipotesi) sbadatamente accordano l' *actio empti* anche nel caso fatto in pr. del fr.; il che è assurdo. Così anche la Glossa, la quale nega che si possa concedere l'*actio ex empto* nella prima ipotesi, e tenta di intendere la locuzione *his casibus* nel senso di « huiusmodi casibus ». Ma ciò, evidentemente, non è da ammettere.

Fr. 24 D. 21-2. Africanus, VI, *Quaestionum*: « Non tamen ei consequens esse, ut, etsi ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, iudicio eum evictum esse; [ex emto tamen contra venditorem mulier habet actionem] ». Il ragionamento chiuso definitivamente colle parole « illud tamen verum non sit, iudicio eum evictum esse » colle quali si dà la ragione per cui *stipulatio non committitur*, è tosto riaperto mediante le altre: *ex emto tamen*. La ripetizione immediata di questo secondo *tamen* poi rende chiara l' appiccicatura fatta al testo originario.

Ora questeinterpolazioni dimostrano come, secondo il diritto classico, la responsabilità del venditore di cosa non propria venisse meno [1])

[1]) Nel diritto classico, solo quando il compratore che avesse sborsato il prezzo non avesse avuta la cosa dal venditore, ma dal terzo *ex causa lucrativa*, si concedeva l'*actio empti* a ricupero del prezzo. Vedi fr. 13 § 15 D. 19-1; fr. 84 § 5 D. 30;

Digitized by Google

pel fatto dell'impossibilità dell'evizione. Ciò è anche provato dai seguenti frammenti.

Fr. 54 pr. D. 21-2: « Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel (post l. t. praesc. tribon. V. Lenel, *Paling.* I, col. 234, n. 2) usucapionem desinit emptori teneri de evictione ».

Fr. 76 D. 21-2: « Si alienam rem mihi tradideris (mancipaveris scr.), et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, [id est actionem pro evictione] [1]) placet ».

Cost. 19. C. 8-45 (293-304): « Si obligata praedia venumdedisti, et longi temporis praescriptione solita emtores se tueri possunt, evictionis periculum timere non potes ».

Torniamo adesso al fr. 21 pr. D. 21-2. - La concessione dell'azione di dolo in questo testo non può appartenere ad Ulpiano, chè questi, se mai, avrebbe data l'*actio empti* contro il venditore; ma nemmeno quella dell'*actio ex emplo, quoniam servus non potest evinci*, è conforme, come abbiamo dimostrato, ai principi del diritto classico. L'impossibilità che la cosa venga evitta dall'un canto e la mancanza di danno, poichè la cosa perisce prima del processo, escludono, secondo questo diritto, qualsiasi responsabilità dell'alienante. Di fatti nella cost 26 C. 8-45 (294-305) si legge senz'altro: « Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est, cum evictionis periculum finitum sit, a te conveniri non potest ».

Ciò posto, la scienza dell'alienità, che abbia il venditore, nell'ipotesi del fr. 21 pr. cit. è assolutamente irrilevante Di vero, poichè lo schiavo morì pria che venisse evitto, quale danno può aver subito il compratore? E, giuridicamente, come potrebbe il fatto che il venditore sa di avere alienato una cosa non sua determinare la responsabilità di costui? [2]) Questo stesso fatto invece, di certo, è moralmente riprovevole, e gli è appunto perciò che i compilatori, secondo la ormai nota tendenza, ritengono in dolo il venditore.

PAUL. *R. S.* II. 17, 8. Nel diritto giustinianeo la detta *actio empti* si dà ogni qualvolta il compratore ha avuto per altra causa la proprietà della cosa, in modo che gli è riescito inutile il sacrificio fatto per acquistarla. Cfr. FERRINI, *Pandette*, pag. 691, *Legati*, pag. 624.

[1]) V. LENEL, *Paling.* II, col. 1223, n. 6. Venul. 73.

[2]) Nel fr. 26 D. 21-2. PAULUS, 5, *ad Sabinum*: « Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat, ex vendito actionem habet, si scierit venditor, alienum se vendere ..... » invece, *poichè c'è un danno*, Paolo concede l'*actio empti* (nel testo

Digitized by Google

Questa stessa tendenza ci è dato anche constatare in altre due applicazioni fuori del campo del contratto di compra-vendita, cui si riferiscono i frammenti sinora esaminati. Sebbene esse non abbiano stretta attinenza col nostro tema, pure ci piace di trattarne qui, chè per mezzo loro la propensione dei commissarî giustinianei verrà ancor meglio posta in rilievo.

Fr. 110 D. 30. Africanus, 8, *Quaestionum*: « Si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare iussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam [illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det,] ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat ».

Il Ferrini [1]) dà per interpolate le parole chiuse fra uncini, ma non è su di esse che precipuamente importa qui di richiamare l'attenzione. Ci interessa piuttosto di accertare la genuinità o meno del resto del fr. africaneo.

si legge: « ex vendito actionem habet », ma si veda ciò che dice GAIO, fr. 19 D. 19-1: « veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur ») contro il venditore sciente. Cfr., a questo proposito, MOMMSEN, *Erörterungen*, pag 159. La limitazione, *si sciens venditor, alienum se vendere* è dovuta a ciò, che soltanto contro il venditore sciente si può agire coll'*actio empti* prima ancora che l'evizione segua, giusta l'innovazione giulianea. V. fr. 30 § 1 D. 19-1. Quest'azione, spettante al compratore prima della manumissione, si conserva anche dopo di essa, s'intende, sempre quando egli può sostenere di aver subìto un danno a causa dell'evizione. (Delle due diverse decisioni di Paolo v. fr. 43 D. 19-1 e 26 D. 21-2 pare preferibile quella che ci reca l'ultimo testo). Del resto v'era fra i giureconsulti romani, chi, senza rilevare il danno derivante dal fatto che il compratore non ha come liberto colui che ha manomesso (esso non dovrebbe potersi stimare, giusta la dichiarazione dello stesso Paolo sostenuta nel fr. 5 § 5 D. 19-5, ma questo testo, compreso il § 5, è troppo sospetto, cfr. GRADENWITZ, *Interp.* pag. 123 e segg.), attenendosi strettamente alla considerazione che *non evincitur, quominus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris*, negava all'acquirente l'*actio empti*. Ulpiano ad es. cfr. fr. 25 D. 21-2. Cfr. anche l'identica opinione a lui attribuita da Paolo, e riferita nel fr. 43 (44) D. 19-1.

[1]) FERRINI, *Pandette*, pag. 537, n. 3. Cfr. anche *Legati*, pag. 279 dove questo acuto romanista aveva sostenuto che fossero interpolate le parole « quem ipse voluerit ».

Digitized by Google

Premesso che nel nostro testo si contempla il caso di un legato *per damnationem* [1]), la decisione in esso contenuta urta contro alcuni principî che si desumono da parecchi frammenti, relativi al legato di un *genus*, o in generale alla prestazione di cosa generica, in cui sono da ravvisare tracce del diritto classico. Fr. 4 D. 33-6: « Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant, *et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere* ». Fr. 52 D. 17-1: « Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo; a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam *quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit* ». Difatti, se l'erede si libera colla prestazione del grano di pessima qualità, perchè deve egli rimanere obbligato, ove consegni uno schiavo ladro? Non è questi forse uno schiavo della specie peggiore?

Diversamente starebbero le cose, se l'erede di cui parliamo desse uno schiavo *noxiis et furtis non solutus*, giacchè egli in tal caso non potrebbe dire di avere adempiuta la prestazione, avendo consegnato uno schiavo di cui non è possibile al legatario l' *habere licere* [2]). Però l'erede potrà dare uno schiavo ammalato, chè sta in facoltà sua di prestare anche il peggiore degli schiavi [3]). Tutto ciò deriva chiaramente da un fr. di Pomponio (6 ad Sabinum) - fr. 45 § 1 D. 30 - « Heres generaliter dare damnatus servum, sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum [4]) esse promittere debebit, quia ita

[1]) Ove si tratti di *legatum per vindicationem* la scelta si deve moderare entro i confini della qualità media, come dice il Ferrini, *Legati*, pag. 270. Cfr. fr. 37 D. 30. Il nostro romanista a giustificazione della diversità di trattamento rispetto al legato di proprietà adduce che qui la concessione della scelta al legatario dipende non da un motivo personale, ma solo da un principio estrinseco e formale, poichè come può rivendicare chi non può fissare l'oggetto della sua *reivindicatio?*

[2]) Cfr. fr. 29 § 3 D. 32.

[3]) Cfr. fr. 72 § 5 D. 46-3: « Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, solvit; non videtur liberatus, nam vel minus hic servum dedit, quam ille, qui servum nondum noxa solutum. Num ergo et si vispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? Et sane datum negare non possumus. Sed differt haec species a prioribus; habet enim servum, qui ei auferri non possit ».

[4]) Cfr. fr. 17 § 17 D. 21-1.

Digitized by Google

dare debet ut eum habere liceat »[1]). Alla stregua dunque del diritto classico, mi pare evidente, l'erede dovrebbe venir liberato colla prestazione di uno schiavo, anche ladro. Ora, domando, se questa liberazione nel fr. di Africano non è dichiarata, dipende ciò forse dal fatto che egli sa di consegnare uno schiavo ladro? No certo, perchè anche colui che dà, ad es., il grano della peggiore specie sa della cattiva qualità della cosa prestata, eppure la prestazione del *pessimum genus* lo libera. Questa *scientia* di fatti non può avere qui rilevanza giuridica. Deriverà forse la non seguita liberazione dell'erede da ciò, che lo schiavo consegnato derubò il legatario? Nemmeno, chè questo fatto non può menomamente influire, se è sciolto da ogni obbligazione, come abbiamo dimostrato, chi presta lo schiavo ladro. Ci troveremmo quindi, ragionando in base ai principî del diritto classico relativi a questo punto, nella impossibilità di trovare il fondamento della responsabilità dell'erede.

Il vero si è che i compilatori debbono aver alterato il testo di Africano. Se mancano ragioni di forma in sostegno dell'alterazione, quelle che tengono alla sostanza la suffragano di prove sufficienti. I commissarî di Giustiniano anche qui dalla scienza dell'erede desumono il dolo di lui. A costituire questo dolo, secondo essi pensano, basta il fatto della scienza, il quale, sebbene giuridicamente irrilevante, pure è moralmente da riprovare.

[1]) Cfr. fr. 31 D. 21-2: « Si ita quis stipulanti spondeat, sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur, si non est, frustra est; sed ego puto verius, hanc stipulationem, furem non esse, vispellionem non esse, utilem esse; hoc enim continere, quod interest, horum quid esse, vel horum quid non esse... » Qui Ulpiano respinge, giustamente, l'opinione di alcuni ai quali sembrava *inutilis* quella *stipulatio*, quasi che niente prestasse chi consegnava uno schiavo ammalato, ladro, ecc. Chi dà uno schiavo ammalato o ladro fa una prestazione, a differenza di chi consegna un servo *furtis et noxiis non solutus*. Ulpiano dichiara *utilis* la stipulazione, nella quale, egli osserva, si contiene l'*id quod interest* che lo schiavo non sia ammalato, ladro e così via. Con ciò implicitamente ammette che chi dà un ammalato, un ladro, presti qualcosa, e che spetterà solo azione per ottenere l'utilità che il creditore non può realizzare a causa del vizio corporale o dell'animo dello schiavo, s'intende sempre quando il debitore non possa liberarsi colla prestazione di una cosa anche della peggiore specie.

Digitized by Google

Fr. 18 § 3 D. 39-5 Ulpianus, 71, *ad Edictum*:

« Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, mihi nullam actionem contra donatorem competere; [plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit] ».

Anche qui le parole *si dolo fecit* si riferiscono alla scienza [1]) dell'alienità della cosa donata, ma l'interpolazione del periodo finale, chiuso fra uncini, si può a ragione sospettare a causa della ripetizione di *actio*. Il tribonianismo diventa tosto evidente, se noi rivolgiamo lo sguardo su ciò che immediatamente precede: *nullam actionem contra donatorem competere*. Difatti chi crederà possibile che il giureconsulto, dopo di aver detto che contro il donante non si dà alcuna azione, scriva: però si potrà far luogo all'azione di dolo? Quella di dolo non è forse anch'essa un'azione? Ciò posto, mi pare che l'appiccicatura della chiusa del testo debba balzare agli occhi dell'interprete; nè, si noti, essa può scambiarsi per una nota ulpianea. Invero la dipendenza della proposizione infinitiva dal verbo *ait* osta ad una tale congettura. Anche la seconda decisione, giusta la forma, si lascia attribuire a Labeone. L'originario testo ulpianeo non aveva dunque la restrizione con *plane*. Si può però affermare che il diritto classico nella specie fatta dal fr. negasse azione al donatario contro il donante, ove questi sapesse di aver donata una cosa non sua? Il diritto classico, se mai, avrebbe concessa un'*actio in factum*, non però la grave azione di dolo. Cotesta azione *in factum* viene accordata incondizionatamente dal Pretore ove si venda un *locus religiosus pro puro*. Confr. fr. 8 § 1 D. 11-7. Ma, stando al testo, nemmeno quest'ultima pare che si sia data. Giusta quanto ci riferisce Ulpiano « Labeo ait... nullam [2]) actionem contra donatorem competere ». E l'assolutezza di un tal prin-

[1]) Cfr. Ascoli, *Trattato delle donazioni*, pag. 407 e segg. Windscheid, *Dir. delle Pand.* § 366, n. 7.

[2]) Sta in piena armonia coll'assoluto principio enunciato da Labeone e riferito da Ulpiano quanto si ricava dal fr. 131 § 1 D. 45-1, Scaevola, XIII, *Quaestionum*: « Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur; nam interest

Digitized by Google

cipio del diritto romano classico non deve meravigliare punto. Fra donante e donatario, poichè questi *certat de lucro captando*, quegli invece *de damno vitando*, si preferisce il primo al secondo [1]). Ciò in tesi generale. Ma che si deve dire del caso in cui si doni scientemente (a questa ipotesi pensano appunto i compilatori) [2]) una cosa altrui, per migliorare la quale il donatario abbia sostenuto ingenti spese, e che poi venga evitta?

Il diritto classico non concedeva certamente azione contro il donante nemmeno allora. L'azione di dolo sarebbe stata, giusta i principî di esso, inammissibile.

Il donatario evitto (egli nell'ipotesi del cit. fr. 18 § 3, è possessore di buona fede) è difeso mediante eccezione [3]) contro il domino

eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio; sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur, traditione protinus reum liberari ».

Scevola ammette, dunque, incondizionatamente, la liberazione dall'obbligo dell'evizione nel caso di donazione.

In un sol caso può essere obbligato il donante a prestare l'evizione, quando cioè l'abbia promessa. Vedi cost. 2 C. 8-45. « Quoniam avus tuus, quum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri, certum est ». Il passo di PAOLO *S. R. V.* II, 5 non è forse in contraddizione con questa costituzione. Di tutte le opinioni messe avanti per conciliare i due testi (cfr. THIBAUT, *Civilistische Abhandlung.*, pag. 51; HUSCHKE, *Jurispr. anteiust.* IV, § 526, nota 9) pare preferibile quella sostenuta dal KARLOWA, *Röm. Rechsg.* II, pag. 590. Secondo l'avviso del Karlowa, poichè prima s'è parlato della *rerum donatio*, il *si promiserit* va riferito alla *promissio donationis causa*, e però le parole si dovrebbero così intendere: nè sarà tenuto il donante per evizione, se abbia promesso *donationis causa*.

[1]) Su questo punto vedi quanto scrivono il PEROZZI ed il BONFANTE, citata traduzione del GLÜCK, alla nota *l*, pag. 200 e segg., lib. 21. Ivi si trova indicata tutta la letteratura sulla quistione intorno alla responsabilità per evizione nelle donazioni. Sulla pretesa diversità, in ordine alla responsabilità per evizione, fra donazione di un *genus* e donazione di una *species*. V. anche ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, pag. 410.

[2]) I romanisti moderni, cfr. per tutti WINDSCHEID, *Pandette*, § 366, n. 7., ritengono che l'azione di dolo contro il donante miri ad ottenere il rifacimento di ogni danno, e quindi anche della perdita della cosa donata, anzi che la semplice restituzione di ciò che fu speso dal donatario sulla cosa creduta sua. L'ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, loc. cit., però giustamente ritiene, sebbene non avverta l'interpolazione, che la lettura del testo, da cui appare come decisiva la circostanza delle grandi spese fatte, faccia credere piuttosto alla seconda alternativa.

[3]) L'*exceptio doli* è a tal fine ammissibile, ma non necessaria. Il giudice può tener conto, anche quando nella formula non sia inserita l'*exceptio doli*, delle spese

Digitized by Google

evincente, se questi si rifiuta di rimborsargli le spese sostenute. Ora è regola costante che all'azione di dolo non si debba far luogo, quando con qualsiasi altro rimedio giuridico [1]) si possa ottenere la riparazione del danno.

Può ben darsi, è vero, che il donatario, per avere restituito senz'altro la cosa, o per non essersi avvalso nel giudizio di rivendicazione del suo diritto al rimborso di ciò che spese, manchi di questo altro mezzo, ma anche in tal caso non sarebbe stata ammessa l'azione di dolo. Questa non si sarebbe accordata, perchè, se non si può contestare che non ci sia un altro rimedio giuridico, pure non si può revocare in dubbio che una tale mancanza si sia verificata per fatto del possessore evitto, il quale deve imputare ciò a se stesso. Che precisamente così dovesse statuire il diritto classico desumiamo dal fr. 1 § 6 D. 4-3, altrove riferito.

Dunque per nessun verso si lascia provare, per diritto classico [2]),

che il convenuto non ladro ha fatto sulla cosa rivendicata. Maggiori particolari su ciò in PERNICE, *Labeo* II, I, pag. 289. Cfr. anche FERRINI, *Pandette*, pag. 437.

[1]) Fr. 1 § 4 D. 4-3: « Ait Praetor: si de his rebus alia actio non erit, quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni ..... etiamsi interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, qua se tueri possit, cessare hoc Edictum ».

Fr. 1 § 8, 2, 3, 4, h. t.: « Non solum autem, si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur, vel ab eo res servari poterit non habet hoc Edictum locum; verum etiam, si adversus alium sit actio, vel si ab alio res mihi servari potest ». Quindi qualunque sia la natura (anche infamante) dell'azione o dell'eccezione, che compete *adversus alium*, è sempre negata l'*actio doli* contro l'autore del dolo. Cfr. fr. 5 D. h. t.: « Ideoque si quis pupillus a Titio tutore auctore colludente circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur, quod sua intersit ».

[2]) Di responsabilità per evizione non si può parlare nelle donazioni attuate mediante *traditio* e *in iure cessio*, chè l'atto della *traditio*, come quello della *in iure cessio* non ha in sè l'assunzione di garanzia alcuna per l'evizione. Questa garanzia è invece un *naturale negotii* della *mancipatio*, sicchè chi donava una *res mancipi* era come *auctor* responsabile per l'evizione di essa. Però era uso costante, come ci attestano i documenti relativi alle *mancipationes donationis causa*, cfr. BRUNS-MOMMSEN, *Donatio Fl. Artemidori* (Saec. II p. C.): *Donatio Statiae Irenes* (252 p. C.); *Donatio Iuliae Montines* (Saec. II-III p. C.) ed altre, di dichiarare che la *mancipatio* era fatta *nummo uno*; il che ci fa credere che fosse sempre esclusa la responsabilità del donante in tali mancipazioni. Siffatta esclusione della responsabilità del donatore doveva essere assoluta, per vero il donante rispondeva del suo dolo per avere scientemente mancipata *nummo uno* una cosa altrui, solo quando avesse promesso per mezzo di stipulazione « dolum malum huic rei abesse abfuturum esse ». Cfr. le prime due citate *mancipationes*. Si può quindi affermare,

Digitized by Google

la responsabilità del donante a causa dell'evizione della cosa donata, nemmeno nel caso in cui egli ne conosca l'alienità. Se così è la scienza del donatore è perfettamente irrilevante, e nell'interpolazione del cit. fr. 18 § 3 abbiamo una nuova prova in favore del nostro assunto.

Ciò che muove i compilatori è di sicuro la considerazione delle spese ingenti sostenute dal donatario evitto; essi però si determinano a dare contro il donante l'azione di dolo in base al ricordato preconcetto etico, in virtù del quale non si può non ritenere in mala fede chi dona una cosa[1]) sapendo che non è sua.

Fr. 62 D. 21-1. Modestinus, libro VIII, *Differentiarum*:

« Ad res donatas Edictum Aedilium curulium non pertinere dicendum est; etenim quid se restituturum donator repromittit quando nullum pretium interveniat? Quid ergo, si res ab eo cui donata est, melior facta sit, numquid quanti eius, qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? Quod minime dicendum est, ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur; itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quae in rebus venalibus Aediles repromitti iubent; [sane de dolo donator obligare se et debet et solet, ne, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet] ».

poichè il principio del fr. 18 § 3 è evidentemente interpolato, che l'irresponsabilità assoluta del donante per l'evizione della cosa donata sia stata propria del diritto romano classico in ogni stadio del suo svolgimento.

[1]) Chi trasmette a scopo di donazione mediante cessione un credito non risponde nè della *bonitas*, nè della *veritas* del *nomen*; egli cioè non è tenuto ad alcuna garanzia. Questo principio s'insegna anche dagli scrittori i quali sulle orme dello SCHLIEMANN, *Die Haftung des Cedenten*, pongono la regola che dipende dal rapporto giuridico su cui si fonda la trasmissione la responsabilità del creditore verso l'acquirente, se cioè quegli risponda semplicemente per l'esistenza giuridica, o anche per l'esigibilità di fatto del credito. Cfr. WINDSCHEID, § 336, n. 3 e gli autori da lui citati, inoltre BARON, *Pandek.* § 251, pag. 464. In base però al solo fr. 18 § 3 D. 39-5. si afferma abitualmente (cfr. MAYNZ, II, § 189, pag. 88) la responsabilità del donante, ove egli versi in dolo, ove conosca cioè al momento della cessione l'insolvibilità del debitore. Non fa mestieri rilevare, come per diritto classico, neanche in questo caso si ritenesse responsabile per dolo il cedente *donationis causa*. Certamente però per diritto giustinianeo si deve ammettere cotesta responsabilità, la quale risulta chiarissima dalla interpolazione del fr. 18 § 3, e non può intendersi limitata alla sola specie del cit. fr.

Digitized by Google

Il periodo finale: *sane - revocet* non può non appartenere ai compilatori.

Per provare ciò basterebbe ripetere qui quanto s'è detto a proposito del fr. 18 § 3 D. 39-5. Per vero se il diritto classico non dava l'azione di dolo contro il donante sciente di cosa altrui, a *fortiori* non doveva concederla contro chi avesse scientemente donato uno schiavo o un animale vizioso, difettoso. Difatti al donatario in questo secondo caso rimarrà, normalmente, la cosa donata, dalla quale potrà trarre sempre un'utilità, per quanto questa risulti diminuita a causa del vizio, del difetto. A proposito di ciò vuole essere ricordato che quando si dona una cosa, la si dona *tale quale è*. Il concetto dell'estinzione dell'utilità della cosa donata è adombrato dalle parole « ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet », ma poichè questa estinzione è solo eccezionalmente completa in alcuni casi in cui si può far luogo alle azioni edilizie, si è donato ad es. uno schiavo che ha commesso un delitto di pena capitale [1]), così non sarebbe sempre vero il principio enunciato in maniera tanto generale da comprendere, senza distinzione di sorta, tutte le ipotesi in cui si dànno azioni edilizie [2]). Anche per questo verso si dimostra l'impossibilità che il periodo *sane* [3]) *de dolo*, ecc., sia uscito dalla penna di un giureconsulto classico.

La considerazione del danno che sopporta il donatario, il quale abbia fatto delle spese - confr. le parole di Modestino: « Quid ergo, si res ab eo cui donata est. melior facta sit, mumquid quanti eius, qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? » - è pei compilatori giustinianei determinante anche in questa ipotesi. Eglino però anche qui elevano la scienza del donante, giuridicamente irrilevante, a *consilium fraudis* in vista del contegno, moralmente poco corretto, di lui.

[1]) Quando invece sia stato scientemente donato uno schiavo *noxa non solutus*, il donatario, che abbia sopportato delle spese per farlo migliore, potrà *noxiam sarcire* ed assicurarsi a questo modo l'utilità che lo schiavo rappresenta.

[2]) Così s'intende comunemente il passo. Cfr. per tutti SAVIGNY, *Sistema*, Traduz. ital. dello SCIALOJA, vol. IV, pag. 147 testo e nota *n*.

[3]) *Sane* è parola classica, ma non tale da escludere la mano dei compilatori. Cfr. SCIALOJA, *Tribonianismi in materia di obbligazioni*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, anno XI (1899), fasc. II, pag. 67.

Digitized by Google

Se, dunque, dai frammenti 62 D. 21-1; 18 § 3 D. 39-5; 110 D. 30; 21 pr. *D.* 21-2; 15 D. 18-6; 45 § 1 D. 19-1; 38 § 7 D. 21-1; 62 § 1 D. 18-1; 57 § 2 D. 18-1; 23 D. 19-2; 37 D. 4-3, interpolati tutti secondo la stessa direzione, emerge chiara la tendenza dei compilatori giustinianei di ritenere in dolo il contraente in genere, e segnatamente il venditore per ciò solo che egli sa e tace al compratore un vizio della cosa, anche là dove per il diritto classico questa scienza era di nessun rilievo, non mi pare temeraria l'affermazione che in cotesta spiccata propensione dei commissarî di Giustiniano si possa trovare un altro argomento in favore del nostro principale assunto.

Difatti perchè i compilatori negherebbero efficacia al *pactum d. n. p. e.* quando il venditore sa che la cosa è altrui? Perchè egli conosce il vizio dell'alienità dell'oggetto, e lo tiene occulto al compratore.

La giurisprudenza classica dunque non conobbe l'inefficacia del patto di non prestare l'evizione, ove il venditore non ignorasse l'alienità della cosa. Pel diritto classico una tale pattuizione era pienamente valida, anche in quel caso. Lo stesso si ripeta di quelle altre clausole, che abbiamo esaminate nel corso di questo scritto. Come s'è già detto, è, per lo meno, assai probabile che il diritto antegiustinianeo derivasse la loro assoluta efficacia dal principio, che versa in colpa il compratore, il quale non s'avvede del vizio (nel diritto o della cosa) che affetta l'oggetto, nonostante la dichiarazione (che questa non sia esplicita non monta) del venditore, la quale gli rende ciò possibile e facile. Questa considerazione difatti non poteva non escludere il dolo dell'alienante, giusta la norma, largamente riconosciuta, del diritto romano classico, che l'azione contro il venditore a causa del dolo non dovesse ammettersi, quando l'acquirente conoscesse o potesse conoscere anche lui il vizio afficiente la cosa.

Il diritto giustinianeo, invece, perde di vista questo elemento della colpa con cui è presumibile che abbiano operato i giuristi classici, ed afferma, seguendo una spiccata tendenza che lo trae a considerare [1])

[1]) A differenza del diritto classico il giustinianeo, relativamente al nostro contratto, in svariate applicazioni assume completamente la buona fede. Questa resta sempre, secondo la felice formulazione del BONFANTE, *Essenza della bona fides*,

Digitized by Google

rigorosamente la *bona fides* secondo i principî della morale più rigida, la responsabilità piena del venditore, sciente, malgrado il *pactum d. n. p. e.*

A questo modo risulta in materia di compravendita una diversa e più lata concezione del dolo, propria del diritto nuovo. Nell'ambito di questo contratto quasi tutto ciò che la morale condanna è giuridicamente punito [1]).

A. De Medio.

in *Bull. dell' Ist. di dir. rom*, anno VI, fasc. III-IV, pag. 94, « un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto non alterato punto dal diritto che l'assume, non foggiato dalla legge ad arbitrio suo », ma, come mi par chiaro, è possibile una assunzione di essa da parte del diritto in misura maggiore o minore. Ora, come credo di aver già dimostrato, questa *larga* assunzione, per quel che riguarda alcune regole dell'*emptio-venditio*, si ebbe solo nell'ultimo stadio di svolgimento del diritto romano.

[1]) Mentre attendo alla correzione delle bozze di questo articolo, vedo apparire negli *Studi e documenti di storia e diritto* (anno XXIV, fascicoli 1° e 2°, gennaio-giugno 1903) uno scritto dell'avv. Mario Ricca-Barberis sull'efficacia giuridica del patto *de non praestanda evictione*. L'autore però s'occupa soltanto dell'efficacia del patto nel caso in cui il venditore sia di buona fede. Della nullità della convenzione, ove l'alienante sappia di vendere cosa altrui, egli tratta di volo, non distinguendo punto il diritto classico dal giustinianeo.

Digitized by Google

UN CASO DI "DISTRACTIO BONORUM"
NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

I. — Lo scopo di questo scritto è di dimostrare che nell'epoca classica, oltre il caso di « distractio bonorum » per le « clarae personae », che è ricordato in tutti i manuali [1]), eravene per lo meno un altro [2]), il quale risulta da alcuni passi o trascurati o male intesi dagli scrittori.

All' esegesi dei frammenti che ci interessano giova premettere un'osservazione. Da alcuni di essi [3]) si è voluto dedurre che, quantunque normalmente dalla « bonorum venditio » i creditori ottengano purtroppo una porzione più o meno meschina, tuttavia qualche volta si ricava tanto da pagare tutti e da restituire ciò che avanza al debitore.

[1]) Cfr. RUDORFF, *Röm. Rechtsg.* II, p. 304; REIN, *Röm. Privatr.* p. 944; BARON, *Institut.* p. 438; LEONHARD, *Institut.* p. 512; SALKOWSKI, *Institut.* 7ª ediz. p. 598; SOHM, *Institut.* 10ª ediz. p. 281, n. 3; CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, II, p. 884, n. 3; BONFANTE, *Istituzioni*, 3ª ediz. p. 121 *Diritto romano* p. 501; SCIALOIA, *Procedura civile romana*, p. 313: ecc., ecc.

[2]) Ad un altro caso accennano infatti alcuni autori. In base alla l. 9 D. 27, 10, mentre BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gem. Rechts*, II, p. 690; KELLER, *Der röm. Civilprozess*, 5ª ediz. p. 424; UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, p. 18 sgg. ritengono che per le persone di rango senatorio fosse permesso ai creditori di scegliere la « distractio » anzichè la « venditio bonorum », invece ZIMMERN, *Geschichte des röm. Privatrechts* III, p. 256, n. 4; DERNBURG, *Ueber die emtio bonorum*, p. 157; ACCARIAS, *Précis de droit rom.* 4ª ediz. II, p. 768; TAMBOUR, *Voies d'éxécution sur les biens des debiteurs dans le droit romain*, I, p. 238 affermano che, non nell'ipotesi delle « clarae personae », ma in altri casi, di cui non c'è stata conservata l' indicazione precisa, i creditori avrebbero avuto la facoltà di scegliere fra i due modi di esecuzione. Con prudenza degna di nota il GIRARD, *Manuel de droit rom.* 2ª ediz. p. 1017, parla di una eccezione più o meno larga introdotta da uno o più senatoconsulti. Noi non possiamo ora addentrarci nell'esame del frammento di Nerazio, da cui dipende la soluzione del quesito.

[3]) Cioè dalle ll. 6 pr. D. 42. 5 e 7 § 11 D. 42. 4: cfr. ACCARIAS, op. cit. I, p. 1318; CUQ, op cit. II, p. 767 n. 5; TAMBOUR, op. cit. I, p. 218.

Digitized by Google

Però è da deplorare che in generale non si sia indagato da chi, e con quali mezzi, il debitore espropriato possa ripetere ciò che è rimasto dopo soddisfatte tutte le passività; giacchè forse una tale ricerca è destinata a suscitare molti dubbi sulla esistenza di questo preteso diritto del debitore.

Obbligata a fare la restituzione non può essere che una di queste due persone: o l'*emptor*, o il *magister bonorum*. Si scelga pure quella che si vuole; ostano sempre difficoltà, a mio credere, insuperabili.

Come si fa ad ammettere che il debitore possa agire contro il *bonorum emptor*, cioè contro colui che il diritto pretorio considera successore universale del primo? Il successore nell'universalità dei rapporti giuridici convenuto dal suo autore, ecco un'idea abbastanza strana [1]). Eppure il Dernburg [2]) accorda al decotto un'« actio ex empto utilis » contro il *bonorum emptor*!

Meno assurda, a prima vista, è l'ipotesi che il debitore si rivolga contro il *magister*; ma anch'essa si regge male in gambe. Intanto, perchè il *magister* fosse tenuto verso il debitore, bisognerebbe dimostrare che alla sua volta egli avesse un'azione contro l'*emptor* per farsi pagare la somma che costui avesse promessa oltre il soddisfacimento dei creditori. È presto detto col Dernburg che all'uopo serviva l'« a. ex empto »; ma le fonti a noi pervenute non ne sanno nulla, e non si comprende perchè i compilatori avrebbero soppresso tutti i testi classici, che dovevano pur occuparsene [3]), mentre con piccolo sforzo, e forse con qualche vantaggio, li avrebbero potuti adattare alle vendite compiute dal *curator bonis distrahendis* del nuovo diritto. Ci sarebbe quasi da scommettere che qualche testo allusivo all'« actio empti » del *magister* sarebbe passato nella compilazione, e la dottrina moderna, la quale è riuscita a scoprire i frammenti, che si riferivano originariamente alle azioni date davvero dal diritto classico al e contro il *bonorum emptor*, avrebbe anche ritrovato le tracce di questa pretesa « actio empti ».

Nondimeno, poichè mal si combatte, nel silenzio delle fonti, a

[1]) Cfr. Heimbach in Weiske, *Rechtslexicon*, II, p. 278 testo alla n. 35.

[2]) *Ueber die emtio bonorum*, p. 151, n. 7.

[3]) Nè si alleghi in contrario la rarità del caso che la vendita dia un residuo; perchè la « bon. emptio » non presuppone necessariamente l'insolvenza del debitore, di modo che il patrimonio da vendersi può ben essere capiente.

Digitized by Google

forza d'impressioni e di congetture, s'abbia pure il *magister* « l'actio ex empto »[1]: ma quale azione daremo al debitore contro il *magister*?

Il Dernburg gli concede l'« actio negotiorum gestorum »; peraltro è assai dubbio se il *magister* possa considerarsi come un gestor di negozi del decotto. I motivi, il fine della « bonorum emptio », in una parola la sua essenza e la sua funzione par che ripugnino a quel concetto. È per opera del *magister* che vien messa alla testa del patrimonio un'altra persona in luogo e vece del debitore; ora che ciò sia fare i negozi di costui, stentiamo a crederlo. Si risponderà, e questa pare che sia appunto l'opinione del Dernburg, che il *magister* dev'essere ritenuto un « negotiorum gestor » del debitore limitatamente e solo per l'avanzo che eventualmente ricava dalla vendita. Così si distingue l'atto del *magister*, in quanto compie la « venditio », e l'atto dello stesso *magister*, in quanto esige dal compratore il residuo. Nel primo riguardo il negozio non è certamente del debitore, nel secondo sì. Ma si può obbiettare: poichè il *magister* ha solo il còmpito di procedere alla vendita nell'interesse dei creditori, non tocca a lui riscuotere la somma che è stata offerta oltre il pagamento integrale dei crediti; sicchè egli può astenersi, e di regola si asterrà, dal gerire un negozio che concerne unicamente il debitore. Ed eccoci ricaduti nella prima ipotesi, che sia il debitore ad agire contro il *bonorum emptor*; ciò che già abbiamo visto essere assurdo.

Tuttavìa, se non avessimo altri argomenti di appoggio per la tesi negativa, forse dubiteremmo di poter convincere il lettore. Ma le fonti[2], attestandoci che il debitore espropriato perde tutte le azioni « ex ante gesto », ci lasciano venire ad un risultato sicuro. Non solo le azioni nate dai contratti conclusi anteriormente dal decotto[3], ma quante

[1] Che il *magister* avesse azioni contro il *bonorum emptor* sostiene DEGENKOLB, *Magister und curator im altrömischen Konkurs*, p. 9.

[2] Cfr. l. 40 D. 38. 1. PAPINIANUS, *l. 20 quaestionum*: « Si bona patroni venierint, operarum, quae post venditionem praeterierint. actio patrono dabitur, nisi alere se possit: ante venditionem praeteritarum non dabitur, quoniam ex ante gesto agit ».

Il passo, mentre attesta il principio, vi apporta una lieve deroga, che è ampiamente giustificata dalla natura del diritto alle *operae*, e non può estendersi ad altri casi.

[3] Cfr. LENEL, *Édit perpétuel* II, p. 171, n. 1.

Digitized by Google

azioni derivano da rapporti anteriori, sono negate al debitore; perchè tutte farebbero parte di quel patrimonio che a lui è stato tolto. Ora sembra evidente che il debitore non possa reclamare il supero del prezzo, se non in forza del diritto che aveva sui beni venduti; ed è ben questo diritto che con la « bonorum venditio » egli ha perduto, e non può più affacciare.

Nè queste conclusioni sono scosse affatto per ciò che nelle ll. 1 § 17 e 5 D. 42. 6 si dice che i creditori personali dell' erede possono far valere le loro ragioni su quello che rimane dell' asse ereditario dopo soddisfatti i creditori separatisti [1]). All'Oertmann [2]) questa ipotesi è parsa inconciliabile con l'ammissione di una *bonorum venditio*. e ne ha tratto argomento per sostenere che la liquidazione dell'eredità solvente fosse affidata a un curatore. Invece l' Ubbelohde [3]) ritiene che in questo caso la massa fosse aggiudicata al *bonorum emptor* dietro la promessa di assumere per intero i debiti, e di pagare un supplemento, che era devoluto all' erede. Egli argomenta per la sua tesi dalle ll. 6 pr. D. 42. 5 e 81 (79) D. 36. 1, che saranno da noi studiate nei numeri seguenti. Ma di ciò lo censura il Baviera [4]), perchè in quei due soli casi contemplati dalle fonti [5]) si tratta di un principio eccezionale [6]).

La disputa poggia tutta su d'un equivoco: i testi affermano soltanto il principio che, se l'eredità è capiente, anche i creditori personali dell'erede possono rivolgersi su di essa dopo i creditori e le-

[1]) ULPIANUS, *l. 64 ad edictum*: « Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, etc. »; PAULUS, *l. 13 quaestionum*: « . . . Sed si illis (sc. qui separationem impetraverunt) satisfactum fuerit, quod superest tribuetur propriis heredis creditoribus »

[2]) *Das Beneficium Separationis im röm. und heutigen Recht* nella *Zeitschr. für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, 17 (1890), p. 290, n. 63.

[3]) *Erbrechtliche Competenzfragen* nell' *Archiv für die civilistische Praxis* 61 (1878), p. 63. n. 1.

[4]) *Il commodum separationis*, p. 71, n. 1.

[5]) Cui peraltro conviene aggiungere la l. 7 §§ 11 e 12 D. 42. 4.

[6]) Il quale, secondo l' A. citato, importerebbe « che l'*emptor bonorum* fosse costretto a restituire il soprappiù, che eventualmente poteva ricavare dall'eredità acquistata, pagati i debiti ». Ma Scevola e Paolo non dicono questo: essi affermano semplicemente che la vendita dell'eredità deve esser fatta in modo che « id quod superfluum est pupillo servetur », che « quod superaverit pupillo restituatur ».

Digitized by Google

gatari separatisti [1]). Questo è il principio di diritto materiale, ma chi vuol sapere come si attui, deve ricorrere al diritto processuale. I giureconsulti non lo dicono, perchè non avevano bisogno di descrivere, a proposito della questione di cui si occupavano, il modo come si effettuava la vendita dell'eredità separata; essi intendevano solo determinare le categorie di creditori che potevano prender parte al concorso. Il lettore però capisce da sè che, dato il sistema della *bonorum venditio*, e supposto che l' eredità abbia un valore superiore all'ammontare dei crediti dei separatisti, il *bonorum emptor* offrirà l'intero pagamento per questi, e una quota pei creditori personali. Infine gli interpreti si sono creati una difficoltà che non esisteva, solo perchè hanno immaginato che alcuni beni ereditari non fossero colpiti dall'esecuzione promossa dai separatisti e rimanessero all'erede, o quanto meno che all'erede fosse attribuito il maggior prezzo offerto dal *bonorum emptor*, mentre che Ulpiano e Paolo con le loro espressioni alludono solo all'eventuale eccedenza dell'attivo sull'ammontare dei crediti dei separatisti.

II. — Ciò premesso, esaminiamo la l. 6 pr. D. 42. 5:

> PAULUS, *l. 58 ad edictum*: Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur.

Si può dubitare se l'avanzo consista nel prezzo ritrattó oltre la somma occorrente per soddisfare i creditori, ovvero nei beni rimasti invenduti, perchè a pagare i debiti bastò la vendita di alcuni; ma è indiscutibile che secondo Paolo deve restituirsi al pupillo ciò che rimane. E, volendo prescindere per ora dalle considerazioni suesposte,

[1]) PAPINIANO (*l. 12 responsorum*) non si esprime diversamente riguardo ai legatari separatisti, i quali sono posposti ai creditori (l. 4 § 1 D. h. t. « Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit »). Eppure è certo che i legatari non concorrono sui beni rimasti dopo che alcuni sono stati impiegati nella soddisfazione dei creditori, ma concorrono insieme gli uni e gli altri sull' intero patrimonio, in modo però che il *bonorum emptor* non possa dare ai legatari neppure una *portio*, se non dà il *solidum* ai creditori (cfr. l. 6 pr. eod. IULIANUS, *l. 46 digestorum*: « Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur »).

Digitized by Google

non c'è nulla da obbiettare contro la decisione accolta nel testo. È vero che « si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere », egli si asterrà; ma questo non è un motivo sufficiente per negargli il diritto a ciò che avanza dalla vendita. Benchè astenutosi, il pupillo è sempre l'erede; e, se il pretore non ne tien conto, quando nega ai creditori ereditari le azioni contro di lui, non è detto che questa sua qualità non debba spiegare la propria efficacia in altri rapporti. Del resto ancorchè il pupillo non usasse del « beneficium abstinendi », la situazione sarebbe press'a poco la stessa; perchè i beni di un pupillo non possono esser venduti dai creditori prima che abbia raggiunto la pubertà, e se l'attesa non garba ai creditori ereditari, essi hanno diritto soltanto di chiedere la vendita dell'eredità paterna [1]).

Nell'una e nell'altra ipótesi la vendita dell'eredità deve dunque effettuarsi in modo che « quod superaverit pupillo restituatur ». Due cose si possono rilevare a questo proposito. Una è che, se ogni debitore espropriato avesse diritto di ripetere ciò che avanza dalla vendita, il giureconsulto non avrebbe inteso il bisogno di notarlo in modo speciale per il pupillo [2]). L'altra osservazione è suggerita da ciò che la « bonorum venditio » non è forse il procedimento più atto a far sì che si ottenga un avanzo [3]). Tanto più nel caso nostro, in cui l'eredità non può essere così sicuramente ed evidentemente lucrosa da invogliare chicchessia ad offrire, oltre il pagamento integrale dei debiti, un supplemento per il pupillo; altrimenti nessuno avrebbe pensato che « non expedierit

[1]) Ciò risulta dalla l. 3 D. 42, 4; cfr. LENEL, op. cit. II, § 203. Questo caso di *separatio bonorum*, come pure l'altro, che si ha quando ai creditori dei *capite deminuti* « quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere praetor permittit » (Gai. III, 84; IV, 38, 80), sono a torto dimenticati anche dai più recenti scrittori, me compreso, che si sono occupati « de separationibus ».

[2]) Questa considerazione certamente spiega perchè lo HEIMBACH, op. cit. p. 278, n. 15, siasi indotto a ritenere che la vendita dell'eredità paterna non utile per il pupillo, e dei beni di un furioso o di un prodigo, costituiscano eccezioni al principio che nella *bonorum venditio* il debitore non ha diritto alla restituzione del soprappiù. Noi vedremo però che questa tesi è inesatta.

[3]) Scrive egregiamente l'UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, p. 11: « Fiel dabei ein erheblicher Theil der vorhandenen Activa als unverdiente Beute dem bonorum emptor zu, und zwar ein um so grosserer, je schlauer dieser es verstand, beim Feilschen um den Procentsatz der Passiva einerseits zweifelhaften Forderungen und anderseits unbewiesenen Vindicationsansprüchen gegen die Masse Gewicht zu geben ».

Digitized by Google

pupillo hereditatem parentis retinere ». È solamente alienando i singoli oggetti, nelle migliori condizioni possibili, che se ne può forse sperare un provento tale da dare un residuo [1]).

III. — Un po' più complicata è l'interpretazione della l. 7 §§ 10 e 11 D. 42. 4; ma forse feconda di più utili risultati. Commentando l'editto « qui fraudationis causa latitabit », Ulpiano (l. 59 ad edictum) scrive che « adeo latitatio animum et affectum occultantis se desiderat, ut recte dictum sit furiosum hinc venditionem pati non posse, quia non se occultat, qui suus non est » (§ 9 eod.). Tuttavia, dovendosi pure aver riguardo ai legittimi interessi dei creditori, continuano i §§ 10 e 11:

> « Plane si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est. Labeo autem scribit, si non inveniatur curator vel defensor furiosi, sed et si curator datus eum non defendat, tunc removendum eum et oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat: eaque servanda Labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur. (§ 11) Plane interdum bona eius causa cognita vendenda erunt, si urgueat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus, ita autem vendenda, ut quod supersit, furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret: quod quidem non est sine ratione ».

Si può discutere chi sia il curatore, che Labeone intendeva fosse nominato, quando manca il « curator furiosi » e nessun altro assume la difesa del furioso, o quando il curatore debba esser rimosso perchè vien meno all'obbligo di difenderlo. Sebbene il pretore scelga il nuovo curatore fra i creditori, si può dubitare se esso sia un *curator furiosi*, che non si distinguerebbe dal curatore ordinario se non per le particolari circostanze che ne determinano l'elezione e per la cerchia speciale di persone da cui è tratto; ovvero debba ritenersi un *curator*

[1]) Poco felice è l'interpretazione che porge del nostro testo il DERNBURG, op. cit. p. 78. Egli ritiene che il frammento non si riferisca necessariamente ad un « ius abstinendi » del pupillo; ma alluda ad una vendita complessiva che il tutore compie dietro autorizzazione del pretore, perchè la giudica più vantaggiosa per il pupillo che non la vendita al dettaglio, come se per es il padre avesse avuto una vasta azienda, per continuare la quale il pupillo non ha la capacità, e il tutore non ha il tempo o le cognizioni necessarie.

Digitized by Google

bonorum, quale è dato incontrare nella « missio in bona ». La risoluzione di questo dubbio è, si può dire, la chiave per la retta intelligenza del passo.

Il Dernburg [1]) crede che esso parli costantemente del *curator furiosi*. E chi cerchi su che cosa possa fondarsi quest'affermazione, forse troverà nel testo ulpianeo qualche indizio che apparentemente l'appoggia. Il principio del § 10, col porre l'alternativa « si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est », parrebbe che desse ragione al Dernburg. Poichè bene o male, scegliendolo fra i creditori, si è trovato un curatore che assuma la difesa del furioso, non occorre permettere ai creditori « ut bona eius possideantur ». Ma, ciò ammesso, o il secondo membro di quell'alternativa - nomina del curatore o immissione nel possesso dei creditori - sarebbe destinato a rimanere sempre lettera morta, se tra i creditori si troverà chi sia disposto ad accettare quell'ufficio di curatore del furioso, che nel caso previsto dal giureconsulto è chiamato sopratutto per essi ad esplicare la sua attività; o sarebbe lasciato all'arbitrio dei creditori stessi l'ottenere la « missio in bona », se dal loro rifiuto della « cura furiosi » dipendesse la concessione della « missio » e eventualmente la nomina del curatore, non più *furiosi*, ma *bonorum*. In tutte e due queste ipotesi non mi pare che si cavi un gran bel costrutto dal commento ulpianeo; mentre la configurazione dei vari casi risulta logica ed armonica, se si ritiene che, quando « non inveniatur curator vel defensor furiosi », o « curator datus eum non defendat », allora si faccia luogo alla « missio » e si scelga un *curator bonorum* fra i creditori [2]).

Venendo ora a studiare più particolarmente il contenuto del § 11, il quale permette in certi casi la vendita dell'intero patrimonio del furioso, purchè la si compia in modo che « quod supersit furioso detur », il Dernburg [3]) è d'opinione che si tratti di una vendita affatto

[1]) Op. cit. p. 77.

[2]) Favorevole a questa interpretazione è anche il testo dei Basilici IX, 6. 7: εἰ δὲ μὴ ἐκδικεῖται, ἢ λαμβάνει κουράτωρα, ἢ νομὴν ὑφίσταται· ὅπερ γίνεται καὶ ὅτε μὴ εὑρίσκεται ὁ κουράτωρ, ἢ ὁ διεκδικητὴς αὐτοῦ - sebbene per ciò che poi si soggiunge « εἰ δὲ καὶ κουράτωρ μὴ ἐκδικῇ, ἀπωθεῖται, καὶ δίδοται κουράτωρ ἐκ τῶν δανειστῶν, ἐφ' ᾧ τὰ κατεπείγοντα πωλῆσαι », risorga di nuovo il dubbio.

[3]) Op. cit. p. 77. Peraltro a p. 78 finisce con l'ammettere che, se non si riesce a trovare un curatore del furioso, neppure fra i creditori, e il patrimonio è ma-

Digitized by Google

diversa dalla « bonorum venditio » coatta. I beni sono venduti complessivamente, ma non viene offerta una percentuale per i creditori, bensì è data una somma di denaro al *curator furiosi*, il quale, impiegatane una parte nella soddisfazione dei creditori, serba il resto per il furioso. Abbiamo indicato sotto il num. I le ragioni dommatiche che c'impediscono di consentire nella tesi positiva del Dernburg; quanto alla proposizione, che il compratore non offra una percentuale, essa è verissima, ed ampiamente suffragata dalla frase « ita autem vendenda, ut quod supersit furioso detur », che esclude necessariamente la vendita per un dividendo. Ma questa circostanza nè importa che la vendita segua per un unico prezzo, ben potendo invece promettersi il pagamento ai creditori e di più una somma al curatore, nè toglie che possa trattarsi di una vendita coatta, come quella che avviene nell'interesse e ad istanza dei creditori. Piuttosto, guardando attentamente al corso delle idee nell'esposizione del giureconsulto, si può con qualche probabilità sostenere che non vi ha vendita complessiva.

Io non ripiglierò le osservazioni enunciate a proposito della l. 6 pr. cit.; ma è opportuno rilevare ciò che v'è di caratteristico nelle espressioni usate dalla l. 7 § 11. Si possono talora vendere anche tutti i beni, ma debbono vendersi in maniera da dare ciò che avanza al furioso: « ita autem vendenda ut quod supersit furioso detur ». La menzione dell'obbligo di restituire il superfluo è qui accentuata molto più che nell'altra legge; e l'opinione che si alluda ad una forma di vendita diversa dall'usuale, si rende vieppiù plausibile.

Nel § 10 Labeone aveva permesso la vendita parziale dei beni del furioso « ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat », e aveva ordinato che si seguissero quelle norme « quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur »[1]). Ora nel § 19 e sgg. della l. 1 D. 37. 9 e nella l. 5 § 1 D. eod. sono specificate le attribuzioni del *curator bonorum ventris nomine*. « Solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena aut pignoribus pretiosis debetur », e per pagare questi debiti, come anche per fornire gli alimenti alla pregnante, prenderà ciò che occorre « primum ex pecunia

nifestamente insolvente, i creditori ottengono la « missio in bona » e possono procedere alla « venditio bonorum ».

[1]) Cfr. anche l. 23 § 3 D. 28. 5.

Digitized by Google

numerata: si ea non fuerit, ex his rebus quae patrimonia onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt » [1]).

Ma la vendita degli oggetti superflui e di lusso del furioso può non bastare « si urgueat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus »; in tal caso il § 11 permette di alienare anche tutto il patrimonio, se è necessario. Ciò però non significa che senz'altro lo si debba vendere tutto d'un colpo. Avrebbe dovuto dubitarne anche il Dernburg, che ha pur notato giudiziosamente come qui la vendita sia provocata e governata da ragioni economiche. Il fine a cui si ispirano le decisioni dei giureconsulti romani è la conciliazione fra gli opposti interessi dei creditori e del furioso; ciò che essi desiderano è di evitare, per quanto è possibile, la vendita del patrimonio del furioso. Perciò cominciano col permettere di regola la vendita d'una parte dei beni « non amplius quam necesse est », e di quei beni che sogliono vendersi nella « missio in possessionem ventris nomine »; e solo eccezionalmente, « interdum causa cognita », e per gravi motivi consentono che siano venduti anche gli altri beni. Sembra ora che contrasti con lo spirito di queste disposizioni l'ammettere che, allorchè per soddisfare tutti i debiti basta l'alienazione di una parte, per quanto cospicua, dei beni del furioso, si debba venderne l'intero patrimonio.

Mentre ciò non è richiesto dal rispetto dovuto agli interessi dei creditori, non si favorisce certo quelli dell'incapace, lasciandogli, anzichè una parte del patrimonio invenduta, l'avanzo in denaro. Questo dovrà poi essere utilmente rinvestito a cura dei suoi rappresentanti; e non occorre essere espertissimi amministratori per sapere che queste successive operazioni di vendita e reimpiego del denaro, a prescindere anche dalle circostanze in cui la prima si effettua, non possono non essere economicamente più o meno disastrose.

Se queste considerazioni potessero indurci a ritenere che il patrimonio del furioso non era venduto in blocco, ma fino a concorrenza dei debiti, sarebbe giustificata la conclusione che in questo caso avea luogo non la *venditio,* bensì la *distractio bonorum.* Lo stesso poi doveva accadere nel caso del pupillo, sia perchè evvi parità di ragioni, sia perchè appunto a questo caso si richiama Ulpiano, volendo giu-

[1]) Cfr. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, p. 1198.

Digitized by Google

stificare la decisione adottata per il furioso: « quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret » [1]).

IV. — I dubbi, che si potessero ancora avere su questi risultati, debbono, a mio giudizio, dileguarsi di fronte alla l. 81 (79) D. 36. 1.

> SCAEVOLA *l. singulari quaestionum publice tractatarum:* « Si pupillus parenti suo heres extitit et fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate: optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat. Aut omnimodo bona vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur, et, si in solidum bona venire non possunt, omnimodo actiones fideicommissario denegandae erunt: erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit, pupillo servare ».

Sebbene mal compreso dai rari interpreti che se ne sono occupati [2]) e dal Lenel [3]) attribuito in massima parte ai compilatori, il passo non offre difficoltà, fatta eccezione solamente per le ultime righe. La questione trattata da Scevola è la seguente: un pupillo è istituito erede dal padre e gravato del fedecommesso di una quota dell'eredità; restituisce questa al fedecommissario, indi si astiene; che cosa avverrà della porzione che era rimasta al pupillo? La risposta è semplicissima: « optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat aut toto discedat ». E il principio che ne risulta non può essere menomamente contestato, perchè la stessa scelta, di assumere anche la quota del pupillo o di ripudiare tutta l'eredità, è data in un caso perfettamente analogo al coerede del pupillo [4]).

Pongasi ora che il fedecommissario preferisca la seconda alternativa: l'asse ereditario corre la sorte che tocca ai beni quando « heres

[1]) Per altri rapporti cfr. tuttavia l. 5 D. 50. 17.

[2]) Cfr. DE RETES, *Opuscol.* III ad h. l. (in MEERMANN, *Thesaurus* VI, 182 sgg.) ed anche *Glossa* ad h. l.

[3]) *Palingenesia* II, p. 284 n. 2.

[4]) Cfr. l. 55 D. 29. 2 e l. 7 § 5 D. 37. 10; cfr. anche l. 17 § 1 e l. 99 D. 29. 1. (Per l'interpretazione della seconda parte della l. 55 « si tamen, etc. » cfr. VANGEROW *Pandekten*, II, p. 316, e NABER, *Observatiunculae de iure romano* in *Mnemosyne*, XXV (1897), p. 292, che la ritiene, forse a torto, interpolata).

Digitized by Google

non extabit »[1]). I creditori sono immessi nel loro possesso, e sono autorizzati a venderli. « Bona vendenda sunt », dichiara appunto Scevola, peraltro in guisa che « id quod superfluum est pupillo servetur ». Questa è la regola che già conosciamo dal frammento di Paolo; il suo maestro Scevola non fa che confermarcela. È vero che l'eredità da vendersi consta anche della quota fedecommissaria, ma poichè una porzione apparteneva al pupillo, si seguiranno (e necessariamente per tutto l'asse ereditario) le norme prescritte per la vendita delle eredità devolute all'impubere.

Si fa poi l'ipotesi che « in solidum bona venire non possunt ». Quale ostacolo, di fatto o di diritto, può impedirlo? La Glossa[2]) suppone che non si rinvenga un compratore disposto ad acquistare l'intero patrimonio; in altri termini pensa ad un'impossibilità materiale. Io però non la ritengo probabile; se si vuol dire che non sempre è facile e possibile compiere la « bonorum venditio » a buone condizioni, lo ammetterò volentieri; ma che, sia pure per un prezzo bassissimo, non si trovi un « bonorum emptor », sembrà addirittura incredibile, quando, secondo lo stesso glossatore, vi è qualcuno che è pronto ad acquistare una porzione dei beni. Questa stessa persona, che evidentemente annette qualche valore a una parte del patrimonio, potrebbe, almeno per la stessa somma e alle stesse condizioni, divenire acquirente dell'intero asse. Inoltre un valore, per quanto minimo, devono averlo anche gli oggetti invenduti, se il fedecommissario affaccia su di essi le sue pretese (« omnimodo actiones fideicommissario denegandae erunt »); ma in tal caso chi vorrà sostenere che non avrebbero trovato un compratore? Infine, quando bisogna rinunciare alla « bonorum venditio » per mancanza di aspiranti, e rassegnarsi a vendere una parte soltanto del patrimonio, la conseguenza più facile a verificarsi è che i creditori non siano soddisfatti per intero. E allora quale diritto potrebbe mai vantare il fedecommissario sui beni invenduti, prescindendo anche da ogni altra ragione in contrario?

[1]) Per verità in questo caso un erede c'è, ed è il pupillo astenutosi; ma pei creditori, da cui non può essere convenuto, è come se non ci fosse. Di più è anche vero che il pupillo può essere restituito *in integrum*, e perciò neppure riguardo ai creditori sarebbe assolutamente sicuro che « non extat heres »; ma di quella futura eventualità non si tien conto e si bada ai rapporti quali risultano in conseguenza dell'astensione (arg. l. 4 § 1 D. 40. 5).

[2]) Cfr. il *casus* ad h. l.

Digitized by Google

Il passo di Scevola assume invece un significato razionale e logico, se per poco teniamo presente il risultato probabile dell'esegesi dei frammenti di Paolo e di Ulpiano. Quando l'esecuzione patrimoniale si effettua per mezzo della *bonorum distractio*, e dai beni già alienati si è ricavato tanto che basti a dimettere tutte le passività, non si può e non si deve proceder più oltre, « in solidum bona venire non possunt »[1]) Il fine è raggiunto; i creditori sono stati soddisfatti, e ciò che resta del patrimonio appartiene al debitore esecutato. Ma poichè nel caso nostro vi sono due successori del debitore, il pupillo ed il fedecommissario, ambedue rinunciatari, nasce la questione di sapere se qualcuno di essi, e chi, abbia diritto al residuo.

La ragionevolezza della questione proposta è evidente; e, come vedremo fra poco, n'è anche giusta la soluzione. Perchè dunque il Lenel ha asserito che il passo da « aut omnimodo bona » sino alla fine non è di Scevola? Noi non esigeremo che ci si mostrino nel testo sicure e frequenti le caratteristiche della lingua e dello stile de' compilatori[2]), purchè peraltro siano forti le ragioni desunte dal contenuto. Di fronte ad esse cederemmo le armi; e ad esse sole, perchè non nuoce alla nostra tesi l'ammettere anche che Triboniano abbia potuto mutare qualche cosa nella forma originale del frammento, finchè non si prova che il suo contenuto sostanziale è giustinianeo.

Al contrario, in favore della classicità di esso noi possiamo addurre la l. 6 pr. sopra esaminata. Infatti la prima proposizione del periodo a torto sospettato, « omnimodo bona vendenda sunt, ut id quod superfluum est pupillo servetur », enuncia la stessa regola che si legge nel passo incensurato di Paolo; e la questione, poscia trattata, sorge per effetto di quella regola. Invero, o che rimanga invenduta una parte dei beni, o che abbiasi un residuo del prezzo, poichè l'una cosa e l'altra si vuol serbare per il pupillo, è naturale che qualcuno siasi domandato: forse che il fedecommissario non vi avrà alcun diritto? Non consta anche della sua porzione l'eredità che ha dato un avanzo? Quando il pupillo è unico erede, è giusto restituire a lui il residuo: ma qui c'è anche un altro interessato, e perchè non dovrebbe parteciparvi anch'esso?

[1]) Cfr. per il diritto giustinianeo, l. 6 § 4 C. l. 12 e Nov. 53 c. 4.

[2]) A mala pena si potrebbe citare l'*omnimodo* ripetuto due volte (cfr. EISELE. *Beiträge zur Röm. Rechtsg.* p. 240): per *superfluus* cfr. KARB, *Roms Juristen* p. 22,

Digitized by Google

La risposta, che il giureconsulto dà al quesito, è recisamente negativa (« actiones fideicommissario denegandae erunt »), ed è anche logica, perchè quello, che è un beneficio per il pupillo, non può estendersi ad altre persone. Concedere a chi si è astenuto da un'eredità reputata dannosa la facoltà di ripetere ciò che avanzasse dopo soddisfatti i creditori, è tale un favore, che se può concepirsi finchè si tratta d'un impubere, costituirebbe un ingiusto privilegio per il fedecommissario, il quale potrebbe così sottrarsi ai rischi dell'accettazione dell'eredità, sicuro che ad ogni modo non andranno perduti per lui gli utili eventuali. Nè Scevola si lascia vincere dall'obbiezione, che l'avanzo verificatosi nella vendita dell'asse ereditario proviene, non solamente dalla quota del pupillo, ma anche dalla porzione del fedecommissario. Costui ha fatto male, replica il giureconsulto, a rinunciare all'eredità; era in poter suo l'accettarla per intero e guadagnare la differenza tra l'attivo e il passivo.

Noi traduciamo la proposizione con cui Scevola giustifica la sua decisione, come se essa dicesse: « erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit, SIBI servare ». Ma la verità è che il testo ha « PUPILLO servare ». Vediamo di dar ragione di questo, che può parere un imperdonabile arbitrio, ma è invece secondo noi una correzione voluta dalle più sicure leggi critiche.

A meno che Scevola non amasse scherzare, è possibile che egli rispondesse al fedecommissario, che si doleva gli fossero negate le azioni sui beni residui: tu potevi conservarle per il pupillo, sol che avessi assunto l'intera eredità? Eh via, che questo sarebbe stato un gran bel potere! Correre il rischio di addossarsi un'eredità oberata di debiti, e, se mai per fortuna avanzasse qualche cosa, serbarla per un altro! E tutto questo dovrebbe servire a legittimare la decisione, che nega ogni azione sul residuo al fedecommissario dopo che ha ripudiato l'eredità! Diciamo pure che ciò confina con l'assurdo; perchè può esser equo che il pupillo, benchè abbia usato del « beneficium abstinendi », ottenga ciò che resta dell'eredità paterna vacante dopo pagati i debiti; ma quando un terzo ha raccolto la successione (nel caso nostro il fedecommissario), non è più ragionevole che l'impubere sia ammesso a trar profitto dalle ulteriori vicende di un patrimonio, che, a differenza di quanto si verifica nell'ipotesi precedente, appartiene a un altro titolare, cui esclusivamente deve giovare o nuocere.

Digitized by Google

Scevola dovette dunque scrivere « SIBI servare ».

Ma la conclusione andrebbe oltre le premesse, se per questo dovessimo aderire all'opinione del Lenel. Noi abbiamo rilevato un errore nella proposizione finale; però basta sostituire una sola parola (« sibi » al posto di « pupillo »), affinchè il testo acquisti un eccellente significato. Il giureconsulto nega le azioni al fedecommissario, perchè egli ha ripudiato l'intera eredità, ed ha quindi perso ogni diritto al residuo, non potendo l'atto suo essere scusato come quello del pupillo.

Nè è verosimile che l'alterazione del testo genuino sia dovuta ad un emblema; deve trattarsi piuttosto di una svista di qualche amanuense. Supponete un copista disattento, che non riflette al senso del passo, e vi parrà assai probabile che, avendo scritto poche righe prima « pupillo servetur », egli continui a scrivere anche dopo « pupillo servare », forse macchinalmente, forse anche col proposito di correggere il testo credendolo sbagliato.

V. — La l. 81 cit., supponendo espressamente una vendita parziale, è una preziosa testimonianza, che nel caso da essa contemplato, come pure in quello delle ll. 6 pr. e 7 § 11 già esaminate, non avea luogo la *venditio*, ma la *distractio bonorum*.

A render completa la dimostrazione della nostra tesi, ci occorre provare che nella *distractio* era data un'azione per far valere il diritto al residuo, e che nessuno dei principii fondamentali, su cui poggia questo modo di esecuzione, contraddice al nostro assunto. In altri termini dobbiamo provare il contrario di quello che abbiamo sostenuto per la *bonorum venditio*.

Intanto, se siamo riusciti a dimostrare che le tre leggi finora studiate si riferiscono alla *distractio*, noi abbiamo in esse un'esplicita menzione del diritto a ripetere l'avanzo. Il Dernburg[1]), che questo diritto attribuisce al debitore che ha subito la *bonorum venditio*, argomenta dalla l. 45 § 12, D. 49. 14[2]) ma certo il romanista tedesco è fuori di strada. Perchè il debitore potesse reclamare la maggior somma offerta dal *bonorum emptor*, ostano i motivi che abbiamo svolti in principio; senza dire poi che la legge parla di « bona di-

[1]) *Op. cit.* p. 151, n. 7.

[2]) PAULUS *l. 5 sententiarum :* « Si plus servatum est ex bonis debitoris a fisco distractis, iure ac merito restitui postulatur ».

Digitized by Google

stracta »[1]). La lettera del testo autorizzerebbe, se mai, a citarlo in appoggio della nostra tesi. Ma questo sarebbe probabilmente un altro errore. Bisogna infatti por mente a queste circostanze: che al tempo di Paolo il fisco aveva un diritto di pegno su tutto il patrimonio del debitore[2]); che l'alienazione dei beni è compiuta dagli agenti del fisco (« bonis debitoris a fisco distractis »), così come il pegno è venduto dal creditore pignoratizio; che *distrahere* si può dire quasi tecnico per indicare la vendita del pegno[3]). Quindi il testo non ci riguarda; esso prova solamente che, al pari di ogni altro creditore, anche il fisco deve restituire ciò che ha ricavato dalla vendita del pegno in più dell'ammontare del credito.

Dalla l. 9 § 3 D. 42. 5 io stimerei di poter argomentare che il debitore dovesse aver azione per ripetere il denaro sopravanzato dalla *distractio*, o i beni invenduti. Ulpiano commenta l'editto « si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat... de ea re iudicium in factum dabo »[4]), e dichiara che « his verbis - ad quem ea res pertinet - continebitur et ipse debitor, si contigerit, ne bona eius veneant ». Il giureconsulto si riferisce alla *bonorum venditio*, e quindi deve supporre che essa non abbia luogo affatto, perchè il debitore abbia diritto alla restituzione dei frutti, e, a maggior ragione, dei beni che gli appartengono; ma nella *distractio* ne può rimanere invenduta anche una parte, ed è logico che questa debba essere restituita al debitore. Quanto alle azioni di cui può disporre, per gli oggetti non venduti egli avrà le azioni che a lui spettavano anteriormente (arg. l. 81 cit. « actiones fideicommissario denegandae erunt »), per il resto del denaro ricavato dalla vendita[5]) è probabile che, analogamente a

[1]) Appunto il TAMBOUR, op. cit. 1, p. 218, n. 1 osservava che, per potere invocare il frammento di Paolo a favore della tesi da lui sostenuta (che è quella stessa del Dernburg), bisognerebbe supporre che « distractis » sia interpolato invece di « venditis ».

[2]) Fragm. *de iure fisci* 5: « Bona eorum qui cum fisco contrahunt.... velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea quae postea habituri sunt ». Cfr. anche l. 10 D. 40. 1 (di Paolo); l. 1 e 2 C. 8. 14 (15).

[3]) Basterà ricordare la rubrica dei titoli relativi del Digesto (20. 5 « de *distractione* pignorum et hypothecarum ») e del Codice (8. 27 « de *distractione* pignorum »).

[4]) l. 9 pr. D. eod.

[5]) Io immagino, ciò che può verificarsi facilmente, che la vendita di uno o più oggetti dia un prezzo superiore all'ammontare dei debiti.

Digitized by Google

ciò che stabilisce per i frutti la l. 9 § 3 citata, avesse un'*actio in factum*.

Se non che quello stesso principio, il quale secondo noi ostava a che il debitore potesse avere alcun diritto sulla maggior somma ritratta dalla *bonorum venditio*, vale a dire l'inammissibilità delle azioni « ex ante gesto », sembrerebbe che fosse accolto anche per la *distractio*, e tutto il nostro ragionamento dovesse cadere di fronte alla l. 4 D. 42. 7.

> PAPIRIUS IUSTUS *l. 1 de constitutionibus*: « Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt bonis per curatorem ex senatus consulto distractis nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere ».

Peraltro la ragione, che sta a fondamento di questa norma, consiglia di intenderla restrittivamente[1]. Si capiscono i dubbi che poterono affacciarsi, e che gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero sciolsero decidendo che, quando era stato venduto l'intero patrimonio, sia pure per mezzo della *distractio*, nessun'azione « ex ante gesto » dovesse competere al « fraudator ». Può ben accadere che nel fare l'inventario qualche cosa sfugga, e non sia compresa in nessun lotto di oggetti venduti; di qui il dubbio se ad essa possa aver diritto il debitore. È chiaro che la questione sorge, perchè la vendita non avvenne in blocco, e non esiste un successore universale del « fraudator »; ma è anche razionale che si risponda negativamente, allorchè i creditori non furono soddisfatti di tutto il loro avere, e si dovette vendere l'intero patrimonio del debitore, e si sarebbe venduto anche il cespite scoperto più tardi, se lo si fosse conosciuto.

Altrimenti stanno le cose nell'ipotesi di cui ci occupiamo. Noi ammettiamo che siano stati pagati tutti i creditori, e che siavi un residuo in denaro o in altri beni; e l'attribuirlo ad altri fuori che al debitore equivarrebbe a negare la differenza essenziale che intercede fra la *distractio* e la *bonorum venditio*. Mentre in quest'ultima si verifica una successione universale, sicchè dai rapporti giuridici compresi nel patrimonio venduto non derivano diritti che pel *bonorum*

[1]) Cfr. anche ACCARIAS, op. cit. II, p. 768, n. 2. — Pure il DEGENKOLB, op. cit. p. 14, scorge una differenza tra la *bonorum venditio* e la *distractio* in ciò che quest'ultima assicura al debitore l'eventuale avanzo.

Digitized by Google

emptor, nella *distractio*, dopo che siasi alienato quanto basta per soddisfare i creditori, sarebbe assurdo che ciò che resta non continuasse ad appartenere al debitore [1])

VI. — Io spero di aver raggiunto lo scopo che mi ero proposto, cioè di rendere assai probabile l'esistenza nel diritto classico d'un altro caso di *bonorum distractio*. Essa si applicava alle eredità devolute al pupillo, ai beni del furioso privo di difesa, e, aggiunge il § 12 della l. 7 cit., del prodigo e degli altri « qui curatorum ope iuvantur » [2]). Tali sono i *mente capti* [3]), o *fatui* [4]), i muti [5]), i sordi [6]), *qui morbo perpetuo laborant* [7]), e in generale tutti i *debiles* [8]), cioè coloro *qui rebus suis superesse non possunt* [9]).

Anche i minori « curatorum ope iuvantur » [10]), dovrebbero quindi esser compresi nella disposizione ulpianea. Ma si osserverà primieramente che essi costituiscono una classe così importante fra le persone soggette a curatela da doversi attendere che il giureconsulto li ricordasse *nominatim* piuttosto che *inter ceteros*; e si richiamerà poi la l. 5 D. 42. 5 [11]) la quale afferma recisamente che, se il minore non è difeso dal curatore o da altri, *bonorum venditionem patitur* [12]).

[1]) Tanto assurdo, quanto sarebbe stato, nel *pignus ex causa iudicati captum*, l'ammettere che, « si quid ex pretiis supersit », non dovesse restituirsi « ei, cuius pignora vendita erant » (l. 31 D. 42. 1).

[2]) « Idemque et in prodigo dicendum est ceterisque, qui curatorum ope iuvantur: nec enim quisquam proprie latitare eos dixerit ».

[3]) § 4 I. 1. 23; l. 14 D. 27. 10; l. 23 C. 1. 4; l. 25 § 3 C. 5. 4; l. 28 § 1 *a* C. 5. 37.

[4]) L. 2 D. 3. 1; l. 21 D. 42. 5.

[5]) § 4 I. cit.; l. 3 § 3 D. 3. 1; l. 8 § 3 D. 26. 5; l. 45 § 2 D. 27. 1; l. 67 (65) § 3 D. 36. 1; l. 20 D. 42. 5; l. 1 § 4 D. 50. 4.

[6]) § 4 I. cit.; l. 3 § 3 D. 3. 1; l. 8 § 3 D. 26. 5; l. 20 D. 42. 5.

[7]) § 4 I. cit.; l. 4 e 5 D. 3. 1.

[8]) L. 19 § 1 D. 42. 5.

[9]) § 4 I. cit.; l. 12 pr. D. 26. 5; l. 2 D. 27. 10.

[10]) Cfr. l. 1 § 3 D. 4. 4. ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: « ... adulescentes curatorum auxilio reguntur ». Anzi, trattandosi di condurre un processo, il consenso del curatore è richiesto sotto pena di nullità, e « in litem » anche « inviti » i minori « accipiunt curatorem »; cfr. § 2 I. 1. 23; l. 1 § 3 D. 26. 7; l 45 § 2 D. 42. 1; l. 1 C. 5. 31; l. 2 C. 3. 6.

[11]) ULPIANUS *l. 60 ad edictum*: Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores, a curatoribus non defendatur nec alium defensorem inveniat, bonorum venditionem patitur, etsi non latitet, licet non fraudationis causa latitare videtur, qui sui non est idoneus defensor.

[12]) Esplicitamente affermano che il minore subiva la *bonorum venditio*, HARTMANN, *Das röm. Contumacialverfahren*, p. 42. 71; NABER, op. cit. XXV, p. 289:

Digitized by Google

Questa apparente contraddizione tra la l. 5 D. 42. 5 e la l. 7 § 12 D. 42. 4 fu già avvertita da qualche scrittore; ma nessuno potè apprezzarla adeguatamente, perchè tutti muovevano da un' esegesi poco felice del § 10 e segg. della l. 7. Ritenendo che l' esecuzione contro il furioso ed il prodigo non differisse dall'esecuzione ordinaria, se non per ciò che la *venditio bonorum* era concessa *causa cognita* e in caso di estremo bisogno, il Dernburg [1]), l'Accarias [2]) e il Tambour [3]) evitano in un modo molto semplice di trovare Ulpiano in contraddizione con se stesso. Essi osservano che il giureconsulto non dice che il minore debba *sempre* subire la *venditio*, e però credono che nella l. 5 possano essere sottintese le condizioni indicate dalla l. 7.

Ma se per noi il quesito diventa più arduo, è anche più largo l'orizzonte su cui possiamo spaziare, e più interessante il risultato. Già la stessa l. 5 ci offre elementi che fanno dubitare se essa alluda veramente alla *bonorum venditio*. Ulpiano confessa che per ammettere la vendita del patrimonio dei minori bisogna superare la stessa difficoltà che per i furiosi, i prodighi e via dicendo, poichè a rigore essi non possono commettere una *latitatio fraudationis causa* [« licet non fraudationis causa latitare videtur, qui sui non est idoneus defensor » [4])]. Perchè questa circostanza, che negli altri casi ha indotto a cercare nella *bonorum distractio* la conciliazione fra l'interesse dei creditori e quello dell' incapace, non deve aver suggerito lo stesso temperamento anche nel caso dei *minores*?

V' ha di più. Se noi consideriamo il modo come furono trattati dal diritto classico romano i convenuti, che sono contumaci, o perchè assenti per un motivo giusto o almeno indipendente dalla loro volontà, o perchè addirittura incapaci di difendersi, noi troviamo che,

FILOMUSI-GUELFI, *Il processo civile contumaciale nel dir. rom.* p. 34, n. 10. Cfr. anche ZIMMERN, op. cit. III, p. 241 testo alla n. 11.

[1]) Op. cit. p. 78 sgg.

[2]) Op. cit. II, p. 704, n. 3.

[3]) Op. cit. I, p. 206 sgg. Scrive questo autore che non si comprenderebbe perchè il minore fosse trattato meno bene del prodigo; la posizione del minore è al contrario tanto più degna di favore, in quanto essa non può prolungarsi al di là di un certo termine, mentre che l'incapacità del prodigo può durar sempre. Perciò egli ritiene che la l. 5 abbia solamente lo scopo di respingere l'idea che la vendita non sia mai possibile perchè non può esistere *latitatio* fraudolenta.

[4]) « Etsi non latitet » dice meno completamente quello che è espresso dalle parole riportate nel testo; forse si tratta d'un glossema.

Digitized by Google

a parte la garanzia della *causae cognitio* precedente l'immissione in possesso [1]), essi furono per ciò che concerne la vendita dei beni distinti in due categorie. Da un lato l'editto pretorio vietò che fossero venduti i beni del pupillo e dell'« absens rei publicae causa sine dolo malo » [2]), e ad essi fu equiparato, probabilmente dalla giurisprudenza, colui « qui ab hostibus captus est » [3]). Dall'altro lato per lo studio già fatto sappiamo che le eredità devolute al pupillo, e i beni del furioso, del prodigo, e dei « ceteri qui curatorum ope iuvantur », si vendono, ma con la forma della *bonorum distractio*. Solo il minore rimarrebbe fuori del quadro; poichè non sarebbe compreso nè tra quelli, la vendita del cui patrimonio è rimandata a dopo che sia cessata la causa dell'assenza o dell' incapacità, nè tra coloro che, ove lo richieda imperiosamente l' interesse dei creditori, possono subire anche prima l' esecuzione, ma col mezzo più mite della *distractio*. Sarebbe questa un' incongruenza logica, di cui non potremmo lodare la giurisprudenza classica [4]). È però assai più verosimile che essa l'abbia evitata.

[1]) Volendoci limitare ai testi di cui ci siamo occupati, si osservi che secondo la l. 7 § 10 D. 42. 4 l'immissione nel possesso dei beni del furioso deve essere permessa *nominatim*, il che sta ad indicare la necessità di una decisione speciale che il pretore prenderà secondo le circostanze. Invece nessun motivo consiglia di procedere con uguale circospezione quando si tratta di vendere l'eredità da cui il pupillo si è astenuto. È bene andar cauti prima di immettere i creditori nel patrimonio di un incapace, che è vittima soltanto del malvolere del suo curatore o di una sfortunata combinazione che lo priva della necessaria difesa; ma, allorchè il pupillo si astiene, con poca o molta avvedutezza che lo faccia, è d'uopo in ogni caso procedere alla liquidazione dell'asse ereditario. A ragione scrive pertanto Scevola nella l. 81 D. 36. 1 « *omnimodo* bona vendenda sunt »; e ci giova rilevarlo perchè, essendo stato sollevato il sospetto sulla genuinità del testo, rimanga stabilito che almeno questo *omnimodo* (qualunque sia la predilezione che per questa parola hanno i compilatori) è pieno di senso e di valore.

[2]) Il testo originale dell'editto ci è stato conservato da Paolo (l. 57 ad edictum) nella l. 6 § 1 D. 42. 4. Cfr. anche *l. Iulia municipalis* lin. 116 sgg.; l. 33 pr. e 35 D. 42. 5; PAULUS V, 5 B, 1; l. 4 C. 2. 50 (51) e LENEL, *Edit* II, p. 152. — (Veramente la l. 35 cit. si esprime in modo da sembrare che contro l'« absens rei publicae causa sine dolo malo » fosse esclusa pure la *missio in possessionem*. Cfr. tuttavia FILOMUSI-GUELFI, op. cit. p 35, n. 2).

[3]) Cfr. l. 6 § 2 D. 42. 4; l. 39 § 1 D. 42. 5; PAULUS V, 5 B, 2.

[4]) Giustiniano nella l. 13 § 11 C. 3. 1 (de iudiciis) assoggetta alla stessa regola le « causae vel pupillorum vel adultorum... vel aliorum sub cura agentium masculorum vel feminarum » (cfr. anche l. 28 C. 5. 37). E relativamente all'efficacia dell'« edictum peremptorium » anche Paolo nella l. 54 pr. 42. 1 equipara il « minor viginti quinque annis » al « pupillus » e al « reipublicae causa absens ».

Digitized by Google

E ciò che è verosimile, in questo caso è anche vero. Leggasi la l. 22 D. 4. 4.

> ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt, a minore refundenda non sunt. Quemadmodum per contrarium cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erant per curatorem bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt.

Quella che a noi interessa è la seconda parte. Perchè Ulpiano suppone che l'eredità rifiutata dal minore sia venduta da un *curator ad distrahenda bona constitutus*?

Questa domanda non hanno potuto proporsi gli autori che hanno portato la loro attenzione sul conflitto fra la l. 5 D. 42. 5 e la l. 7 § 12 D. 42. 4, perchè il passo è a loro disgraziatamente sfuggito. Altri, non avendo alla sua volta presenti quelle due leggi, ha elevato il sospetto di un emblema tribonianeo [1]; altri invece ritiene che la l. 22 cit. sia genuina [2]; ma dov'è la prova che le eredità ripudiate dai minori si vendessero nell'epoca classica col sistema della *distractio*?

Lungi dal dimostrarla, gli scrittori non sospettano neppure l'esistenza di questa eccezione: solamente lo Heimbach [3]) ha affermato, citando la nostra l. 22, che più tardi la *distractio* fu estesa a debitori diversi dai senatori. Pertanto io sono convinto che chiunque si attenga all'opinione dominante difficilmente possa sottrarsi alla necessità di sostenere che la l. 22 parlasse in origine del *magister bonorum*, e sia stata alterata dai compilatori per porla d'accordo col nuovo processo esecutivo. Infatti, secondo l'opinione dominante, la

[1]) Cfr. RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, I, p. 161, n. 30.

[2]) Cfr. STIEBER, *De bonorum emtione*, p. 63, nota *c*. Anche KARLOWA, op. cit. II, p. 1198, n. 3 viene ad ammettere implicitamente la genuinità della l. 22, poichè si occupa di dimostrare che le parole « curatorem bonorum ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutum » non contraddicono alla sua tesi, giusta la quale non si troverebbe alcuna traccia che l'editto giulianeo abbia contenuto una disposizione sul *curator bonis distrahendis*.

[3]) Op. cit. II, p. 276, n. 20.

Digitized by Google

distractio si applica soltanto alle *clarae personae*; la l. 22 non può trattare del curatore, che anche nel procedimento classico della *bonorum venditio* è talora nominato per custodire i beni soggetti al concorso, ed ha la facoltà di vendere quelli facilmente deperibili, perchè il testo parla in termini chiari di un *curator bonorum* eletto *ad distrahenda bona*, e se Ulpiano si fosse invece riferito al curatore, che ha soltanto l'amministrazione interinale dei beni, i compilatori non avrebbero avuto alcun motivo di alterarne il pensiero: è mestieri quindi congetturare che gli atti, di cui gli imperatori Severo ed Antonino vogliono conservato il vigore, siano quelli del *magister bonorum*. Non io certo penso che anche sul terreno dell'opinione dominante questa spiegazione della l. 22 sia per ogni verso solida: in ispecie bisogna ritenere che la funzione del *magister bonorum* non si limitasse alla vendita complessiva, ma potesse, almeno in qualche caso, vendere i beni anche separatamente. Di vero, nell'ipotesi della l. 22, poichè tutti gli atti del *magister* restano validi, si devono supporre avvenute delle alienazioni parziali, e non la vendita in blocco, se si vuole che la « restitutio » concessa al minore non sia illusoria. Invece io dubiterei di poter attribuire al *magister* la facoltà di alienare singoli oggetti [1]). Ma, ripeto, se anche non è del tutto sicura, l'ipotesi dell'interpolazione è la conclusione più plausibile a cui possa venire un seguace dell'opinione dominante.

Quanto a me, le ricerche che ho tentato di illustrare brevemente in queste pagine, mi permettono di adottare la soluzione opposta. La l. 22, insospettabile per la forma, è genuina anche nella sostanza. Il principio, che risulta dalla l 7 § 12 D. 42. 4, che è consono al ragionamento fatto nella stessa l. 5 D. 42. 5 (benchè le espressioni di essa possano far credere altrimenti), il principio, che si impone irresistibilmente a chiunque consideri il sistema classico relativo alla esecuzione contro gli incapaci di stare in giudizio senza l'assistenza di certe persone, è espressamente confermato dalla l. 22. I beni dei minori, come quelli dei furiosi, dei prodighi e degli altri « qui curatorum ope iuvantur », sono venduti col mezzo della *distractio*. La l. 22 non ci offre di particolare se non questo, che essa suppone la vendita di un'eredità non accettata dal minore, contempla cioè un

[1]) Cfr. tuttavia in senso affermativo LENEL, *Edit*, II, p. 165.

Digitized by Google

caso simile all'altro che riguardo al pupillo abbiamo già trovato nelle ll. 6 pr. D. 42. 5 e 81 (79) D. 36. 1.

Benchè non riesca così evidente, come nella l. 22 cit., pure non è da trascurare l'argomento che ci offre la l. 90 D. 46. 3. È di quello stesso Cervidio Scevola che ci fu di tanto aiuto con la l. 81 D. 31. 1 per istabilire l'esistenza della *distractio bonorum* riguardo al pupillo.

> SCAEVOLA, *l. 26 digestorum*: « Filius, qui administrabat ut heres paterna bona, pecuniam ex his Sempronio mutuam dedit et eandem particulatim recepit, deinde se abstinuit, quia minor annis erat, ab ea hereditate: quaesitum est, curator bonorum patris constitutus an adversus Sempronium utilem actionem habet. Respondit nihil proponi, cur non is, qui solvisset id quod mutuum ita acceperat, liberatus esset ».

Non importa per noi l'esame della questione speciale trattata dal giureconsulto: basterà osservare che la validità degli atti compiuti dal minore prima dell'astensione, e la liberazione del mutuatario che ha restituito, sia pure un po' alla volta, il denaro ricevuto in mutuo, si fondano sullo stesso principio che Paolo enunciava a proposito del pupillo nella l. 6 § 1 D. 42. 5: « Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit ». Ciò che deve fermare la nostra attenzione è la circostanza che siasi potuto domandare se il « curator bonorum patris » avesse azione contro il mutuatario Sempronio. Scevola risponde di no, perchè Sempronio si è liberato col pagamento fatto al minore; è implicito dunque che, se la obbligazione non fosse stata già estinta, il curatore avrebbe potuto agire contro il debitore. Ora è certo che questa facoltà al « curator bonorum » eletto per la custodia del patrimonio prima della *venditio* non compete in modo così generale come il passo di Scevola farebbe credere. Tra le sue attribuzioni non v'è quella di esigere i crediti del debitore esecutato; soltanto è chiamato a promuovere alcune azioni, quando v'è pericolo nell'indugio. Si veda ciò che scrive Paolo nella l. 14 pr. D. 42. 5.

> PAULUS, *l. 59 ad edictum*: « Creditore in possessionem rerum debitoris misso curator constitui debet, si [1] quaedam actiones periturae sunt ».

[1]) Il MOMMSEN ad h. l. propone di inserire « tempore ». Vi sono però anche azioni che possono estinguersi con la morte del convenuto (o anche dell'attore) e

Digitized by Google

La necessità di evitare che le azioni del decotto periscano, è uno dei casi in cui può rendersi indispensabile la costituzione del « curator bonorum » che deve esercitarle. Ma nella l. 90 non si tratta di un'*actio temporalis*, nè di un'azione che si estingua colla morte del convenuto, bensì di un'azione *perpetua*, qual'è l'azione nascente dal mutuo. E del resto, più ancora che non il frammento di Paolo, è efficace, secondo me, a dimostrare che il curatore del patrimonio soggetto alla *venditio* non può avere il compito di esigere i crediti che vi si trovino, la natura stessa di questo istituto processuale. A che prò si venderebbe il patrimonio complessivamente, se già tutti i crediti, onde esso consta, fossero stati esatti dal creditore? Meglio sarebbe allora ripartire il denaro raccolto fra i creditori, e limitarsi alla vendita degli altri beni. Ciò contraddice, è chiaro, al carattere ed all'essenza della *bonorum venditio*; ma ciò è pure consentaneo allo spirito ed allo scopo della *bonorum distractio*. Conseguentemente il « curator » della l. 90 è anch'esso, come il « curator » della l. 22, un *curator ad distrahenda bona constitutus*; e la l. 90 conforta la nostra tesi che alla vendita dei beni dei minori (o delle eredità da cui essi si sono astenuti) si applicava il procedimento della *distractio*.

Vorrei sperare che le parole « bonorum venditionem patitur » della l. 5 D. 42. 5 non trattengano molti dall'accogliere le mie conclusioni. Mi sarebbe facile con congetture abbastanza verosimili attenuare il peso che può avere questo frammento contro la mia tesi. Potrei supporre per es. che al pensiero di Ulpiano fosse presente nello scrivere quelle parole la norma ammessa per i pupilli, i cui beni possono essere posseduti ma non venduti durante l'impubertà; e che per opposizione a ciò egli affermasse rispetto ai *minores* la possibilità della vendita, senza accennare in questo luogo al modo della vendita stessa [1]). Ma io non reputo necessario ricorrere a questa o ad altre simili supposizioni. In fondo, chi per combattere la nostra dimostrazione si facesse un'arma delle parole della l. 5 cit., partirebbe da un presupposto, che è tutt'altro che provato. Perchè quelle parole ci potessero autorizzare a rigettare una conseguenza che si trae dal com-

che Paolo in altro luogo (l. 51 *ad edictum*, l. 24 pr. D. 40. 12) menziona distintamente: « actiones ei non denegentur... si quae tales sint ut tempore aut morte intereant ».

[1]) Cfr. LENEL, *Edit*, II, p. 152, n. 5.

Digitized by Google

plesso delle fonti, bisognerebbe dimostrare che queste adottano una terminologia tecnica, ben ferma e costante, per cui le frasi *bona vendere*, *bonorum venditio* e simili accennano esclusivamente alla vendita in massa. Al contrario io non ho che a richiamare i risultati ottenuti sopra. Difficilmente si vorrà negare di fronte alle ll. 6 pr. D. 42. 5 e 81 (79) D. 36. 1 che l'eredità ripudiata dal pupillo si venda col procedimento della *distractio*; eppure la l. 6 pr. ha « *bona* defuncti *venire* permittit », e la stessa l. 81, la quale suppone espressameute una vendita parziale, discorre di *bona vendenda* e di *bona venire*. Che più? La l. 28 D. 42. 5 (Iavolenus l. 1 epistularum) riferisce questo caso: « Pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque *bona* patris *venierunt* ». Dovremo per questa frase di Giavoleno sopprimere il principio che si deduce dalle ll. 6 pr. D. 42. 5 e 81 D. 36. 1?

VII. — L'argomento da noi studiato solleva un problema, a cui non si può dare una risposta sicura, ma una probabile forse sì. A chi si deve il principio che ammette in favore delle persone surricordate il procedimento della *distractio?*

Dalla l. 7 § 11, la quale dichiara che i « bona furiosi » dovranno vendersi « ita... ut quod supersit furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret », si può dedurre, mi sembra, che l'eccezione in favore del furioso e degli altri incapaci fu introdotta per analogia di quella già ammessa riguardo al pupillo. Si tratta quindi di un movimento giurisprudenziale, e il dubbio, se il principio di cui ci occupiamo provenga da un'altra fonte, non può affacciarsi che per l'eredità toccata al pupillo. Paolo lo enuncia in questi termini: « Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur ». Con la frase « praetor bona venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur » allude il giureconsulto ad una prassi pretoria in questo senso, o ad un' esplicita disposizione dell'editto?

Il confronto col linguaggio di Ulpiano nella l. 7 § 11 cit. è forse suggestivo. Qua l' espressione dello scrittore è assai più circospetta; non nomina il pretore, sebbene indubbiamente anche in questo caso

Digitized by Google

la vendita debba essere autorizzata dal magistrato; non adopera il presente (« venire permittit »), che è segno di più recisa affermazione, ma il futuro (« vendenda erunt »); sente il bisogno di motivare e giustificare la massima enunciata. È dunque per lo meno certo che la norma nel caso del pupillo era ben salda e indiscussa. Sarà stata essa stabilita dalla giurisprudenza? Ciò è possibile; ma perchè, vorremmo domandarci, la vendita dell' eredità di un pupillo dovrebbe aver attirato l'attenzione dei giureconsulti prima che la vendita del patrimonio di un furioso o di altro incapace? Quasi sembrerebbe più naturale il contrario. Per i contratti conclusi da lui il pupillo non subisce la *bonorum venditio*; l' editto concede ai creditori solamente l' immissione in possesso [1]). La vendita non può quindi colpire che l' eredità lasciata al pupillo. Ma se egli l'accetta, ed è solvibile, non è probabile che i creditori ereditari chiedano la separazione dell'eredità che potrebbe essere incapiente, rinunciando ad essere soddisfatti sul patrimonio del pupillo: anzi preferiranno invece di attendere che abbia raggiunto la pubertà [2]). In pratica l'esecuzione sull'eredità non avrà quindi luogo fuori che nel caso che sia ripudiata dal pupillo. Questo è anche il motivo per cui nei nostri testi si suppone sempre che il pupillo siasi astenuto dall' eredità. Ora in pratica il caso di dover immettere i creditori nel possesso di un' eredità non accettata dal pupillo perchè dovrebbe essere più frequente che non quello di immissione nel possesso dei beni di un furioso, di un prodigo, ecc. indifeso? Si rifletta che contro questi l'esecuzione è ammessa per qualunque obbligazione, sia ereditata, sia contratta da essi stessi nei debiti modi. D'altronde la giurisprudenza suole formarsi sui casi che avvengono più frequentemente; e però io dubiterei forte che proprio il caso dell'eredità ripudiata dal pupillo abbia potuto porgere occasione allo stabilirsi di una prassi pretoria su questo punto.

Che se ne sia potuto occupare l'editto, non dovrebbe invece sor-

[1]) Cfr. LENEL, *Edict*, II, § 203.

[2]) Cfr. l. 3 § 3 D. 42. 4. ULPIANUS l. 59 ad edictum: « Si pupillus heres extiterit alicui exque ea causa legata debeat, videndum est, an huic edicto locus sit: magisque est, ut Marcellus scribit, etiam pupilli posse bona possideri *esseque in arbitrio hereditariorum creditorum, quid potius eligant*: etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem ». E sulle conseguenze che ha la preferenza data alla *separatio* pei creditori ereditari, vedi i miei articoli intorno al diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede in questo *Bullettino* ai vol. XI e XIII.

Digitized by Google

prenderci. A più riprese esso tratta del pupillo sempre in rapporto al processo esecutivo. Dal commentario di Ulpiano (l. 59 *ad ed.*) il Lenel [1]) ha ricostruito la clausola:

> Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur, eius rei servandae causa bona eius possideri iubebo.

La clausola di un altro editto ci è riferita da Paolo (l. 57 *ad edictum*):

> Et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit [2]).

Adunque per le obbligazioni contratte col pupillo si accorda la « missio in bona rei servandae causa », ma non è permessa la vendita prima della pubertà. Di qui il nostro pensiero corre facilmente alle obbligazioni, che non derivano da contratti conclusi direttamente col pupillo, ma, per dirla con Ulpiano (l. 3 pr. D. 42. 4), *descendunt ex persona patris*, o da altra qualsivoglia persona di cui il pupillo abbia raccolto l'eredità. Dovranno anche i creditori ereditari aspettare che il pupillo divenga pubere? Se tale questione si presenta subito alla nostra mente, perchè non potrebbe essersi imposta alla riflessione anche dell'autore dell'editto? Chè anzi egli dovette durare minor fatica, se pure la nostra può chiamarsi fatica, per rivolgere la sua attenzione a questo caso. L'editto tratta espressamente dell'eredità paterna deferita al pupillo, là dove gli concede la facoltà di astenersi, e detta norme per garantire i creditori contro i pericoli che potevano correre a causa degli atti di disposizione che l'erede impubere facesse durante il tempo chiesto per deliberare. Relativamente a quest'ultimo punto il testo dell'editto è riportato da Ulpiano (l. 60 *ad edictum*):

> Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum hereditatem retinere, bona interea deminui nisi causa cognita boni viri arbitratu vetabo [3]).

Ora è fuori di dubbio che l'editto « si suus heres erit », e in particolare il primo dei due casi contemplati « si pupillus heres erit » [4]),

[1]) *Édit*, II § 203.
[2]) L. 6 § 1 D. 42. 4. Cfr. LENEL, op. cit. II, § 205.
[3]) L. 7 pr. D. 42. 4. Cfr. LENEL, op. cit. II, § 209.
[4]) L'altro caso era « si pubes heres erit »; cfr. LENEL, op. cit. II, § 210.

Digitized by Google

era commentato da Paolo nel l. 58 *ad edictum*, da cui è estratta la l. 6 D. 42. 5. E del resto la relazione della l. 6 con questo editto non è sfuggita al Lenel, il quale nella sua classica opera riproduce il principio del frammento di Paolo al § 209 « si pupillus heres erit »[1]). Ma l'illustre romanista non ci dice se egli veda nelle parole di Paolo « si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur » un'osservazione provocata dal commento alla frase della clausola testè ricordata « an expediat eum hereditatem retinere », o se invece ritenga che il giureconsulto commentasse una clausola distinta dello stesso editto. Questo è anche il problema di fronte a cui ci troviamo noi dopo le considerazioni premesse.

Di certo l'ipotesi che l'editto abbia contenuto una clausola sul genere di questa « Si non expedierit pupillo hereditatem retinere, bona veniri et, si quid superaverit, pupillo restitui iubebo » non ha in sè nulla di strano; ma ci vuol altro per sostenere che la sua esistenza sia provata. A noi manca l'autorità per farlo, e ci limitiamo soltanto ad esporre quelle riflessioni che ci sono state suggerite dal nostro studio. Noi ne abbiamo ritratto l'impressione, ma forse è un'illusione nostra, che il commento di Paolo, quale ci è conservato nella l. 6 cit., sarebbe sproporzionato, se esso fosse stato originato unicamente, secondo la nostra prima supposizione, dalle parole « non expediat eum (*sc.* pupillum) hereditatem retinere ». Che questa frase richiami al pensiero il caso che, in definitiva, il pupillo trovi conveniente di non ritenere l'eredità, e che il commentatore dichiari che in questo caso l'eredità si vende, tutto ciò è molto naturale. Ma non è più così naturale, date le abitudini dei giureconsulti romani, che questo fornisca il pretesto per una lunga dissertazione sulle conseguenze della vendita. Invece Paolo nel § 1 avverte che rimangono in piedi tutti gli atti compiuti dal pupillo prima dell'astensione « utique si bona fide gessit »[2]). E nel § 2 affronta e discute ampiamente nientemeno che la grave questione della revocabilità del pagamento fatto dal pupillo ad alcuni creditori con preferenza su altri. Queste poche reliquie ci lasciano immaginare una larga esposizione, la quale pende tutta dall'ipotesi che l'eredità, non accettata dal pupillo, sia venduta ad istanza

[1]) Op. cit. II, p. 157. Cfr. anche RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, § 205.

[2]) Cfr. anche l. 44 D. 29. 2 (Iulianus 47 digestor. — LENEL, *Palingenesia*, n. 640).

Digitized by Google

dei creditori. Non è forse più verosimile supporre che questa ipotesi fosse contemplata nell'editto, anzichè credere che una indagine così estesa fosse ispirata al giureconsulto dalla clausola edittale sul termine concesso al pupillo per deliberare « an expediat eum hereditatem retinere »?

Infine mi sembra che, attribuendo all'editto l'esclusione della vendita complessiva per il pupillo, risulti più profondamente giustificata l'argomentazione di Ulpiano che, per accogliere la stessa regola riguardo al furioso, adduce che « hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret ». Quando un principio è stato sancito dalla legge o da una fonte rivestita di autorità pari alla legge, come l'editto pretorio, il giurista dimostra vittoriosamente la sua tesi, stabilendo l'analogia fra il caso da lui esaminato e il caso espressamente contemplato nella disposizione legislativa. Mentre invece il ragionamento potrebbe sembrare troppo sommario, se si ritiene che alla vendita dell'eredità ripudiata dal pupillo la *distractio* sia stata applicata per opera della giurisprudenza; forse allora Ulpiano, più che di rilevare l'analogia di condizione fra il pupillo e il furioso, avrebbe inteso il bisogno di insistere sulle ragioni che hanno indotto in quei casi la giurisprudenza a preferire un sistema di vendita all'altro. Ritenute analoghe le condizioni del pupillo e del furioso, il richiamo a un testo di legge, che dispone per il pupillo, tronca ogni disputa: non si può forse dire altrettanto, se l'autorità, che ha introdotto la regola per il pupillo, fosse la stessa che l'afferma per il furioso, cioè in entrambe le ipotesi la giurisprudenza.

Un problema oscuro è anche quello di determinare quale delle due applicazioni della *bonorum distractio* sia più antica. Saremmo curiosi di sapere se l'idea di abbandonare il procedimento ordinario della *venditio* sia sorta primieramente nel Senato per favorire i propri membri, o se, essendo già stata accolta dalla giurisprudenza, e forse addirittura dall'editto, affinchè il pupillo, il furioso ed altre persone meritevoli per la loro condizione di speciale riguardo potessero serbare una qualche parte del loro patrimonio, abbia poi servito col Senatoconsulto a creare un privilegio di classe. Le fonti peraltro non appagano la nostra curiosità. Il Senatoconsulto sulla *distractio* è conosciuto da Nerazio (l. 9 D. 27. 10), da Gaio (l. 5 D. 27. 10) e dai divi fratres Marco e Vero (l. 4 D. 42. 7); anzi questo modo di esecuzione

Digitized by Google

doveva esistere da qualche tempo, allorchè gli imperatori ebbero a stabilirne le conseguenze nei riguardi del debitore. Per contro il più antico giureconsulto che menzioni la vendita parcellare dell'eredità ripudiata dal pupillo è Scevola (l. 81 D. 36. 1). Ciò non ostante, se fosse vero che questo caso di *distractio* è di origine edittale, potremmo forse ritenerlo anteriore all'altro.

VIII. — Nei numeri precedenti fu discorso di persone fisiche, che devono essere assistite e difese nelle loro liti. A questa circostanza esse vanno debitrici del trattamento speciale di cui beneficiano in ordine al processo esecutivo. Non si può infatti dire al pupillo, come si può rispondere ad altri, « imputet sibi » se si è astenuto da un'eredità lucrosa; l'errore è stato commesso dal tutore, ed è giusto, per quanto è possibile, risparmiarne al pupillo le conseguenze. Ugualmente non si può muovere rimprovero al furioso e a tutti coloro che sono soggetti a curatela, se chi doveva provvedere alla loro difesa trascurò di farlo; di per sè essi non potevano assumerla.

Ora in una condizione simile si trovano anche le persone giuridiche, le quali necessariamente non possono stare in giudizio se non per mezzo dei loro rappresentanti. Avranno esse subìto la vendita del loro patrimonio, allorchè non venivano difese? Quale forma di vendita sarà stata per loro adottata?

Che i beni delle *universitates* possano vendersi, non è controverso: la l. 1 § 2 D. 3 4 riferisce l'editto che ordinava la vendita [1]). Ma varrà la stessa regola in confronto dei municipii? Nell' edizione tedesca del suo « Editto Perpetuo » [2]) il Lenel si pronunciava in senso afferma-

[1]) GAIUS, *l. 3 ad edictum provinciale:* « Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait ».

Al NABER, op. cit. XXII, p. 66, n. 1; XXV, p. 293, n. 3 sembra che sia una sufficiente ammonizione la *possessio* e *proscriptio* dei beni; e questo riflesso ci richiama alla memoria il dubbio, già affacciato dal DERNBURG, op. cit. p. 69, n. 2, che le parole « si admoniti non excitentur » rivelino la mano dei compilatori. Nè il dubbio è eliminato da ciò che soggiunge lo stesso Dernburg, che pure per le *universitates*, come per i pupilli, potrebbe esserci stato l'uso di invitare gl'interessati ad assumerne la difesa. Infatti nel caso del pupillo l'invito ai tutori, ai cognati, agli affini ecc. precede, com'è naturale, la concessione della *missio in bona* (cfr. l. 5 § 1 D. 42. 4).

[2]) P. 82.

Digitized by Google

tivo; ma, dopo le osservazioni del Naber [1]), ha nell'edizione francese [2]) mutato avviso. L'illustre romanista olandese obbiettava non potersi, nell'interesse pubblico, permettere la *bonorum venditio* « adversus municipes »: e che l'interesse pubblico sia qui in causa, nessuno vorrà contestare [3]). Ma c'è anche di mezzo l'interesse dei creditori: che conto ne faremo?

È evidente, scrive il Lenel [4]), che i creditori di un municipio potevano in qualche forma ottenere soddisfazione sui beni comunali: questo punto è d'altronde direttamente provato dalla l. 8 D. 3. 4 [5]). Forse l'editto prometteva una *missio in singulas res civitatis*.

Secondo questa congettura si sarebbe adottato per le *civitates* un procedimento, che non è molto dissimile da quello che abbiamo trovato per il pupillo e per le altre persone incapaci di stare in giudizio. L'unica differenza è che in un caso la *missio* è generale e colpisce l'intero patrimonio, nell'altro no. Ma sul punto forse più essenziale i due sistemi concordano: in entrambi i casi è esclusa la vendita in blocco, ed è permesso solo di vendere i singoli oggetti fino a concorrenza dei crediti. Io sono stato quindi, lo confesso, fortemente tentato di aderire all'opinione del Lenel; ma ho finito col convincermi che si tratta di una mera ipotesi, senza alcuna base reale nelle fonti, e che questa volta è più prudente esercitare l'« ars ignorandi ».

In fondo il Lenel accetta le idee del Naber [6]), il quale reputa che, invece della *missio in bona*, i creditori ottenessero l'immissione nel possesso dei « corpora » appartenenti alla *civitas*, e, solo in mancanza di questi, potessero soddisfarsi colle « actiones debitorum civitatis ». In altri termini avverrebbe ciò che avviene nel *pignus ex causa iudicati captum*, in cui, dopo escussi i « corpora », « pervenietur ad iura » (l. 15 § 2 D. 42. 1). La tesi del Naber si fonda tutta sulla l. 8 D. cit.; ma la base è assai poco solida, perchè il passo di Giavoleno

[1]) Op. cit XXII, p. 66 sgg.

[2]) I, p. 115 testo alla n. 1.

[3]) Anche se chiedesse quale portata debba essere attribuita alle parole di Gaio (l. 3 ad edictum provinciale) « civitates privatorum loco habentur » (l. 16 D. 50. 16).

[4]) Op. cit. I, p. 115 sgg.

[5]) IAVOLENUS, *l. 15 ex Cassio:* « Civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur, nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet ».

[6]) Op. cit. XXII, p. 66 sgg. XXV, p. 293.

Digitized by Google

può avere ed ha probabilmente un altro significato. Il debitore, contro cui ha luogo l'esecuzione, potrebbe non avere nel suo patrimonio alcun « corpus », ma solo crediti. Questa è una eventualità che può verificarsi, qualunque sia il debitore, e perciò anche se il debitore è una *civitas*. Come si effettuerà allora la *missio in bona*? Giavoleno risolve il problema allo stesso modo che Paolo nella l. 10 D. 36. 4 [1]).

Per verità il Naber [2]) si è posto al riparo da questa obbiezione. Anche per lui la l. 10 D. 36. 4 risponde perfettamente alla l. 8 D. 3. 4; ma, sempre coerente a se stesso, egli sostiene che, come nel caso della *civitas* i creditori non sono immessi nel possesso dei « bona », bensì in quello dei « corporalia », così falsamente la « missio » dei legatari è detta « in bona », mentre essa avviene nelle « res corporales » pertinenti all'eredità. Se non che troppe leggi [3]) parlano a proposito dei legatari di « possessio bonorum », perchè si possa vedere in questa locuzione semplicemente una formula erronea. Al contrario la l. 5 § 6 D. 36. 4 sta a provare che *bonorum* è parola testuale dell'editto [4]).

Fallito il tentativo del Naber, alla l. 10 D. 36. 4 convien dare il senso che noi abbiamo indicato più sopra. I legatari hanno diritto di ottenere cauzione dall'erede, e di costringerlo a prestarla per mezzo della « missio in bona ». Essi conservano il loro diritto anche nel caso che non ci siano « res hereditariae », in cui possa aver luogo la « missio »; non per questo sarebbe fondata la loro pretesa di voler essere immessi nei beni propri dell'erede, ma, per vincere la costui pervicacia, il pretore gli negherà le azioni contro i debitori ereditari e ammetterà ad esercitarle i legatari. La « missio in bona » prende questa forma, perchè i beni non sono « res corporales », ma diritti di credito; e però il possesso dei legatari non potrebbe realizzarsi diversamente. Lo stesso è detto nella l. 8 D. 3. 4 a proposito dei creditori delle *civitates*.

Aggiungasi che Ulpiano nelle ll. 15 pr. e 17 D. 50. 16 spiega che cosa debba intendersi per « bona publica » delle *civitates*, e il Lenel [5])

[1]) PAULUS, *l. 3. sententiarum*: « Si nullae sint res hereditariae, in quas legatarii vel fideicommissarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur ».

[2]) Op. cit. XXV, p. 302.

[3]) Cfr l. 1 § 2 D. 36. 3; l. 13, 14 D. 36. 4; l. 1. D. 42. 4.

[4]) Cfr. LENEL, op. cit. II, p. 99, n. 11.

[5]) Op. cit. II, p. 115.

Digitized by Google

ne induce con ragione che questi beni dovevano essere menzionati nell'editto. Si è quindi autorizzati ad affermare che la l. 8 cit. attesta una sola cosa: che nei beni appartenenti alla *civitas* poteva aver luogo la *missio* dei creditori, i quali poi l'avrebbero tradotta in atto a seconda della natura dei beni stessi.

La questione, se ne fosse permessa la vendita, non è dunque risoluta dalle fonti; ed è aperto il campo alle considerazioni generali, e un po' anche alle preferenze subiettive dell'interprete [1]). Quindi è forza che anche il quesito, che più direttamente ci interessa ora, circa la forma della vendita, resti insoluto, per mancanza di dati, non solo rispetto alle *civitates*, che non sappiamo nemmeno se potessero subire la vendita, ma anche rispetto alle *universitates*, il cui patrimonio poteva certamente esser venduto.

IX. — Se fossi riuscito a darne la prova, mi parrebbe che il caso di *bonorum distractio* da me studiato [2]), meriti di richiamare l'atten-

[1]) Cfr. in proposito DERNBURG, op. cit. p. 69 sgg.; TAMBOUR, op. cit. I, p. 176. È uso costante che i beni municipali siano dati in affitto. D'altra parte il pretore rispetta le locazioni contratte dal debitore, a meno che non lo siano state in frode dei creditori (l. 8 § 1 D. 42. 5). Ora suppongasi che i « praedia municipum » siano stati locati « in perpetuum », cioè « ea lege, ut quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur ». (Ciò risulta da Gaio III 145; tuttavia la *lex Ursonensis* c. 82, BRUNS, p. 129, vieta di locare i beni comunali « longius quam in quinquennium »). Quale vantaggio avrebbero i creditori a compiere la vendita in simili condizioni? Ciò che essi venderebbero, sarebbe sol tanto il diritto ad esigere il « vectigal »; ed allora perchè non esigerlo piuttosto essi stessi? Sarebbe, mi pare, tanto di guadagnato pei creditori come per la « civitas » debitrice. Ho voluto fare queste osservazioni, non perchè io vi annetta un valore speciale; ma perchè esse prospettano la questione da un punto di vista, che non è stato da altri considerato, sebbene forse lo meritasse.

[2]) Negli autori io non ho potuto rinvenire che due accenni, alquanto oscuri e contradittorii, a questo caso di *distractio*. Uno è del BETHMANN-HOLLWEG, op. cit. II, p 690, n. 125, il quale nel testo si occupa solamente della *distractio* per le « clarae personae », ma in nota soggiunge che un *curator bonis distrahendis* viene costituito anche per il pupillo ecc., e cita le ll. 6. pr. D. 42. 5 e 7 § 11 D. 42. 4. Ma nel vol. III, p. 321, l'autore par quasi pentito della sua audacia, perchè scrive che la *distractio* nell'epoca classica aveva luogo eccezionalmente *solo* per le persone di rango senatorio. Più chiara è l'indicazione portaci dallo ZIMMERN, op. cit. III, p. 256. Egli afferma nel testo che la *distractio* ha per effetto che un eventuale avanzo debba essere restituito al debitore; e nella n. 5 cita la l. 6 pr. D 42. 5. Però anche lo Zimmern non è coerente, giacchè a p. 241 (testo alla n. 11) dichiara che l'« interpretatio », pur avendo equiparato ai pupilli i furiosi e i prodighi, ha

Digitized by Google

zione dei romanisti, forse più che non l'altro ammesso, secondo l'opinione dominante, per evitare l'infamia alle « clarae personae » [1]). Invero i motivi, che hanno fatto introdurre la nostra regola, sono motivi prevalentemente economici.

Gli è perchè il debitore nella *bonorum venditio* non aveva diritto al residuo, ed anche perchè la vendita in blocco suole riuscire meno proficua che la vendita dei singoli oggetti, che contro il pupillo, il furioso e gli altri incapaci il pretore ha permesso soltanto la *bonorum distractio* [2]).

E chi sa dirci quanto queste considerazioni abbiano influito sul tramonto della *bonorum venditio?* Legata all'« ordo iudiciorum », essa sparisce insieme [3]); ma la storia del diritto è piena di esempi d'isti-

tuttavia concesso contro di questi la *venditio* in caso di bisogno, e invoca la l. 7 § 9-12 D. 42. 4. Non dee quindi far meraviglia se menzioni tanto incomplete e contradittorie non hanno avuto la fortuna di richiamare su questa applicazione della *distractio* l'attenzione degli studiosi. Nondimeno al TAMBOUR, op. cit. p. 218, n. 1 e 238, n. 1 era capitato di rilevare il primo dei due passi surricordati dello Zimmern, senza avere sott'occhio il secondo. La via era così per lui più aperta, ma egli se l'è chiusa del tutto sostenendo che nelle ll. 6 pr. e 7 § 11 D. citt. si tratta di una vendita in massa.

[1]) UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der bon. venditio zum ordo iudiciorum*, p. 20, esprimeva l'avviso che, più che lo scopo di evitare l'infamia alle persone privilegiate, abbia fatto ricorrere alla *distractio* la considerazione « dass in Gegensatze zur bonorum venditio, bei welcher die Concursmasse mehr oder minder zur Bereicherung des bonorum emptor diente, die distractio bonorum das vorhandene Vermögen des Gemeinschuldner thunlichst zur Befriedigung der Gläubiger verwerthete, was begreiflicherweise zugleich dem wirthschaftlichen Rufe des Gemeinschuldners nützlich war »: cfr. le parole della l. 5 D. 27. 10 « ut honestius ex bonis eius *quantum potest* creditoribus solveretur ». — Se mai fosse vero, ciò che noi sospettiamo, che l'applicazione della *distractio* alla liquidazione dell'eredità ripudiata dal pupillo precede in ordine di tempo l'estensione di essa a favore delle « clarae personae », forse l'osservazione dell'Ubbelohde meriterebbe di essere più apprezzata che ora non accada (cfr. contro di lui DEGENKOLB, op. cit. p. 13, n. 1).

[2]) I testi citati rilevano un solo degli effetti della *distractio*: la restituzione dell'eccedente. Ma è incontestabile l'attitudine della *distractio* a dare un maggior provento in confronto della *venditio*; come pure non può dubitarsi che per la forma di vendita adottata, anche il furioso, il minore ecc. erano esenti dall'infamia. E questa conseguenza non è per loro un privilegio, ma risponde alla pura giustizia, perchè essi non hanno altra colpa che quella di non essere stati regolarmente difesi.

[3]) Cfr. pr. I. 3. 12, e sul rapporto tra la *bonorum venditio* e l'*ordo* la citata monografia dell'UBBELOHDE, di cui peraltro non accetto la tesi fondamentale.

Digitized by Google

tuti che sopravvivono alle cause che li hanno fatti nascere, ed anche la *bonorum venditio* avrebbe forse potuto resistere, se essa non fosse stata combattuta e vinta da difetti intrinseci, che si erano rivelati fino nell'epoca classica.

SIRO SOLAZZI.

Cfr. anche in vario senso RUDORFF in PUCHTA, *Institutionen* (10ª ediz.) I, p. 559, nota *qq*; GIRARD, op. cit. p. 1017, n. 1; CUQ, *Institutions jurid. des Rom.* II, p. 884; TAMBOUR, op. cit I, p. 235 sgg.

Digitized by Google

OSSERVAZIONI

INTORNO

ALLA CRITICA DELLE PANDETTE

I.

Ulp. Dig. II 14, 7, 13.

Nel titolo *de pactis* del Digesto (II, 14) si trova un passo, il quale di certo così, come ci è tramandato, non è scritto nell'originale. Esso è Ulp. Dig. l. 7 § 13 eod.: « si paciscar, ne pro iudicati vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet ».

Il Mommsen è spinto dalla scorrettezza grammaticale della frase a leggere « iudicati prove iudicato » invece di « iudicati ». Egli però, mentre nell'edizione maggiore del Digesto propone questa correzione con richiamo a Gaio, IV, 25 ed agli scolii dei Basilici, XI, 1, 7, 13, su cui dovremo ancora discutere più avanti, senza alcuna osservazione, nell'edizione minore aggiunge: « olim fuit fortasse: ne iudicati prove iudicato ».

Nella prima formulazione della congettura si deve dunque ammettere che essa abbia per iscopo di emendare il testo del Digesto, laddove nella seconda redazione la congettura stessa si riferisce al testo originale dell'autore, lasciando irresoluta la questione per il Digesto.

Per quel che riguarda il Digesto è certo che qui furono trattati soltanto due casi, vale a dire: 1° l'« actio iudicati », 2° l'« actio aedium incensarum ». Il che si rileva senza dubbio dai Bas. XI, 1, 7, 13 [1]: ' ἐρρωμένως συμφωνῶ μὴ κινῆσαι τὴν ἀπὸ καταδίκης ἱκανοδοσίαν ἢ περὶ καυ-

[1]) Cfr. CYRILL. eod. δύναμαι πακτεύειν μὴ κινεῖν τὴν ἰουδικάτι ἢ τὴν ἀεδίουμ ἰγκενσάρουμ.

Digitized by Google

θέντων οἴκων'. Gli scolii di questo frammento parlano certo insieme di 'ἰουδικάτι' e 'προιουδικάτι', alludono però con queste due espressioni ad un caso solo, quello dell'« actio iudicati »: 'ἐάν τις μετὰ καταδίκην πακτεύσῃ, οὐ κινῶ κατά σου τὴν προιουδικάτι ἤτοι τὴν ἰουδικάτι, ἐπειδὴ σήμερον ἐξτραορδιναρίων ὄντων τῶν δικαστηρίων οὐκ ἐστι κυρίως ἰουδικάτι, ἢ οὐ κινῶ κατά σου τὴν ἀεδίουμ ἰγκενσάρουμ, ... ἰσχύει τὸ πάκτον'. Pure non ostante il contesto delle parole di esso, lo scolio citato ci dà la prova che nel testo latino del Digesto si trovava « pro iudicati vel aedium incensarum » e non « iudicati prove iudicato vel aedium incensarum ». Infatti, imitando la forma latina corretta, anche lo scolio dovrebbe dire 'προιουδικάτω' ed inoltre in esso lo 'ἰουδικάτι' dovrebbe precedere il 'προιουδικάτι'.

Avendo noi così dimostrato, che non si deve mutar nulla nel Digesto, in riguardo a quello che abbiamo detto in principio, vogliamo proporre di nuovo la questione sul testo originario dell'autore, al quale esso è attribuito nel Digesto. Che in esso non fosse scritto « pro iudicati » non è necessario di dimostrare. Senza dubbio accanto all'« actio iudicati », che un giureconsulto classico poteva indicare solo coll'espressione « iudicati agere », ed accanto all'« agere aedium incensarum » era discusso un altro caso, ciò che è dimostrato dalla parola '*pro*' del testo delle pandette.

Il Mommsen dunque, come abbiamo riferito, legge: « si paciscar, ne iudicati prove indicato vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet ». Con questo emendamento apparentemente lieve, tuttavia il passo non è affatto migliorato, come subito dimostreremo. Bisogna premettere, che Ulpiano, supposto che abbia scritto così, dovrebbe aver avuto di mira non due, ma tre casi, poichè egli certamente col « pro iudicati agere » intendeva tutt'altra cosa che non l'« actio iudicati ».

Con quella congettura sarebbero collegati tra di loro tre casi, che potrebbero difficilmente stare l'uno accanto all'altro. Nel secondo di questi tre casi per mezzo del *pactum* apparirebbe esclusa, non come negli altri una *determinata azione*, ma una *forma d'azione*, cioè la « legis actio per manus iniectionem pro iudicato ».

Ma questo appunto non è affatto credibile, poichè nell'enumerazione dei casi dei paragrafi seguenti non si parla mai di esclusione di una forma d'azione. Tuttavia, facendo astrazione da ciò, un'altra

Digitized by Google

difficoltà ancor maggiore qui sorge. Come potremmo noi spiegarci che Ulpiano insegnasse: per mezzo di patto si può escludere l'« agere pro iudicato »? Eppure noi sappiamo da Gaio, IV, 30, che le « legis actiones » da gran tempo erano andate in disuso [1]). Che senso avrebbe avuto per Ulpiauo il ricercare se una forma d'azione venuta meno già da lungo tempo per le leggi processuali moderne potesse essere esclusa con patto? Questa questione aveva attualità ed importanza evidentemente solo prima della riforma introdotta dalla legge *Aebutia* e dalle *duae Iuliae*, in altre parole nel tempo delle *legis actiones*.

Con ciò ci è tracciata la possibilità che il nostro passo non provenga da Ulpiano, ma da uno scrittore che scrisse prima ancora di quelle leggi. A favore di questa ipotesi, che io ritengo esatta e alla quale, se non vado errato, accenna di già l'osservazione del Mommsen: « olim fuit fortasse iudicati prove iudicato », militano varie ragioni.

Secondo quello che abbiamo esposto più sopra, non può essere soggetto ad alcun dubbio, che nel tempo di Gaio, e tanto più in quello di Ulpiano, la frase '*pro iudicato agere*' è intesa oramai storicamente, mentre per il significato più ampio della parola « agere », che comprende ogni atto giuridico, non soltanto l'antica *legis actio*, si diceva anche nel tempo posteriore come prima « iudicati agere ». La frase « pro iudicato agere » è scomparsa dal linguaggio giuridico del tempo dell'impero. In tutti i casi, nei quali prima aveva luogo la « legis actio per manus iniectionem pro iudicato », per esempio per la malleveria, non si dice più « pro iudicato depensi ago » ma invece « depensi ago ». Noi deduciamo questo specialmente da Gaio, IV, 25 [2]).

Ed ora ci domandiamo: come è possibile che Ulpiano nell'esaminar dei casi di attualità ne discutesse uno divenuto ormai da lungo tempo un semplice ricordo storico, quasi che avesse valore ancora per il presente? Noi dunque siamo costretti a far risalire questo

[1]) Gai. IV, 30: « sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt ».

[2]) « Sed postea lege Vallia excepto iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere. itaque iudicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur. idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur; unde nostris temporibus is cum quo iudicati depensive agitur, iudicatum solvi satisdare cogitur ».

Digitized by Google

frammento ad un tempo in cui anche questo caso era pratico, ed in cui esisteva un « pro iudicati agere »[1]).

Ora, se esaminiano il nostro passo dal punto di vista del tempo da noi dedotto - ed io credo, che dopo quello che è stato detto, non possa essere altrimenti - si solleva un'altra difficoltà che non permette si legga: « si paciscar, ne iudicati prove iudicato vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet ». S'intende bene, che una forma d'azione rigida sia esclusa per mezzo di convenzione col debitore nell'interesse di lui, pur mantenendosi un'azione concorrente più mite. Nel nostro caso però troveremmo un ostacolo in quello che ci riferisce Gaio[2]): « de quibus... rebus, ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur ». D'altro canto tuttavia sappiamo[3]) che i casi della « legis actio per manus iniectio-

[1]) Che un passo di un altro scrittore si trovasse nel testo d'Ulpiano usato dai compilatori è facilmente possibile. Potè essere stato aggiunto da un lettore. Nei paragrafi precedenti e seguenti a questo frammento si riportano opinioni di Labeone. Non è inverosimile che anche nel nostro frammento si trattasse di un caso discusso dallo stesso autore, il quale avendo vissuto anche nel tempo anteriore alla riforma processuale lo trattava ancora perchè pratico.

Il fatto, che nel testo di Ulpiano, secondo noi, si trovi un passo scritto da un altro scrittore, potrebbe essere spiegato anche nel modo seguente. Noi sappiamo, che nella seconda metà del v sec. d. C. il rinomato Cirillo (vecchio), professore di diritto a Berito, pubblicò un lavoro « ὑπόμνημα τῶν δεφινίτων ». In questo libro, commentando tra l'altro il titolo dell'editto « de pactis », egli raccolse tutti i passi presi dai libri dei giureconsulti classici, dove erano trattati i « pacta legibus contraria ». Questi passi, come ci riferisce Taleleo, ora si trovano dispersi nelle Pandette in modo che, per conoscerli, occorre ricercarli nel Digesto. Cfr. HEIMBACH, *Basil.* VI, pag. 9, nota 13: « τὸν γὰρ δὲ πάκτις τίτλον ὑπομνηματίζων (sc. Cirillo) τελείως καὶ ἀνελλίπως καὶ ὡς αὐτῷ μόνῳ δυνατὸν ἦν, συνήγαγεν τὰ περὶ τούτων, νῦν δὲ διέσπαρται ἐν πᾶσι τοῖς διγ. Ὅταν οὖν βούλῃ μαθεῖν, ποῖα σύμφωνα κόντρα λέγες ὄντα κάμνει, δεῖ σε ζητεῖν ἐν τοῖς διγ. ». Siccome nella l. 7, § 13 Dig. « de pactis » è trattato un patto vietato dalle leggi, di cui discuteremo più giù, non è dubbio, che quel passo si sia trovato pure nel libro di Cirillo. È quasi certo però, che nel compilare il Digesto i collaboratori di Triboniano, invece di estrarre i frammenti dai lavori originarii dei giureconsulti, si siano spesso serviti di collezioni fatte nei secoli precedenti (Cfr. HOFMANN, *Die Compilation der Digesten Justinians*, pag. 96 seg.) delle quali, oltre quel lavoro di Cirillo, ci son pur note parecchie altre. Considerati questi fatti, una svista nel riprodurre l'iscrizione di un frammento, estratto da una compilazione contenente passi di diversi autori, ci pare ben possibile.

[2]) GAI. IV, 13.

[3]) GAI. IV, 22.

Digitized by Google

nem » erano stabiliti da leggi, che quindi la forma più mite dell'« actio sacramenti » non poteva essere applicata.

Non si può pertanto trattare dell'esclusione di una forma d'azione, ma piuttosto di una determinata azione, che nasce da un determinato rapporto giuridico. Necessariamente quindi dopo le parole « pro iudicato » si deve ammettere una lacuna, e le parole che ora mancano devono di certo aver ricordato il caso della « manus iniectio pro iudicato », di cui era discussa l'escludibilità per mezzo di patto.

Bisogna rammentare ora, che nel secondo e terzo secolo d. C. il 'pascisci de re iudicata' non era concesso, come sappiamo da Paolo e da alcuni passi del codice Gregoriano. [1]) Perciò è molto verisimile l'opinione del Wenger [2]), che nel nostro passo fosse scritto « hoc pactum *non* valet ».

Il frammento perciò poteva essere originariamente così concepito: « si paciscar, ne iudicati vel pro iudicato ⟨depensi ex lege Publilia⟩ vel incensarum aedium agatur, hoc pactum ⟨non⟩ valet ».

I collaboratori di Triboniano nella compilazione del Digesto, dopo di aver adottato la contraria sentenza, omettendo il « non », hanno pure cancellato l'antiquato, lasciando soltanto i casi dell'« actio iudicati » e dell'« actio aedium incensarum ». La parola '*pro*' può essere rimasta per una svista. Forse essi hanno cancellato in modo che, come sembra dimostri lo scolio citato, omisero la parola « iudicati » e trattarono il caso « pro iudicato » – corrotto per un errore di scrittore in « pro iudicati » [3]) – come il caso dell'« actio iudicati ».

Ma restano ancora da spiegarsi le parole « vel incensarum aedium ». Ora, io suppongo che qui non si tratti di un'azione comune di danno, ma appunto di una « legis actio per manus iniectionem pro iudicato » che debba essere esclusa per mezzo di patto. Questa ipotesi si raccomanda, considerando i casi precedenti specialmente in riguardo alla parola *vel*, colla quale certo non doveva essere collegato un caso di diversa natura. Gaio [4]) dopo di aver esaminato la « manus iniectio »

[1]) Paul. Sent. I, 19, 2; I, 5, 5*a*; Cod. Greg. 1, 10, 3 = cons. 9, 11; Cod. Greg. 1, 10, 2 = cons. 9, 16; Cod. Greg. 1, 11, 4 = cons. 9, 14; cons. 9, 1; Cfr. Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, pag. 88 seg.

[2]) Op. cit. pag. 89.

[3]) Errore consimile si trova in Pap. Dig. XIX 5, 8 pr.

[4]) Gai. IV, 22.

Digitized by Google

introdotta dalle XII tavole, ci dà la notizia seguente: « postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem dederunt, sicut lex Publilia ... lex Furia...; et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt ».

Con tutta probabilità ci troviamo di fronte a una di queste ' multae causae ' per cui una legge a noi sconosciuta introdusse la « manus iniectio pro iudicato ».

II.

Iul. Dig. XXXXV 1, 56, 5.

« Qui ita stipulatur: ' *ante Kalendas* proximas dari spondes? ' nihil differt ab eo. qui ' Kalendis dari ' stipulatur ». Io ritengo corrotto questo frammento, poichè un simile uso della parola *ante* non è provato nè dal Digesto nè da alcun altro luogo della letteratura romana. Sia che al debitore sia fissato un termine, dentro cui, o un determinato momento, in cui deve pagare, in ogni modo il diritto del creditore nei due casi suddetti è diverso. Nel caso che la « stipulatio » dica « Kalendis dari », chi agisce nel giorno stesso delle « Kalendae » commette una « plus petitio tempore ». Egli non può esercitare il suo diritto prima del giorno seguente. Io suppongo che Giuliano abbia scritto: « qui ita stipulatur: ' *intra* Kalendas proximas dari spondes? ' nihil differt ab eo qui ' Kalendis dari ' stipulatur ».

Che « intra Kalendas » equivalesse a « Kalendis » sappiamo da Gellio [1]), dove - sia detto per incidenza - si ha il contrapposto più reciso fra « ante Kalendas » e « in Kalendis ». Basandosi su questo passo il Kipp [2]) ha provato l'uso analogo di ' *intra* ' in leggi del IV secolo. Il Gradenwitz, che ha esaminato in questo senso l'uso del Digesto [3]), arriva con sicurezza al risultato [4]), che tra i giureconsulti ro-

[1]) GELLIUS, *Noctes Atticae* XII, XIII, 11: « Intra Kalendas igitur non ante Kalendas est, sed in Kalendis, id est eo ipso die, quo Kalendae sunt ».

[2]) *Litisdenuntiation*, § 38, pag. 233 seg.

[3]) *Zur Rechtssprache* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, XVI, pag. 115 seg.

[4]) *Hiernach ist est unter den römischen Juristen durchaus nicht unzweifelhaft gewesen, ob ' intra Kalendas = cis Kalendas' oder = ' cis Kalendas vel die Kalendarum '* (pag. 123 l. c.).

Digitized by Google

mani non è stato per nulla senza dubbi, se « intra Kalendas » equivalesse a « cis Kalendas » ossia a « cis Kalendas vel die Kalendarum ».

Nondimeno in alcuni frammenti [1]) è certo che lo scrittore con « intra Kalendas » vuol comprendere pure il giorno delle « Kalendae ». Se ora Giuliano nel nostro passo all'espressione « intra Kalendas » abbia collegato quel significato che Gellio, e rispettivamente Sulpicio Apollinaris, ritengono come il solamente esatto, ossia - ciò che mi sembra più verisimile - con essa abbia voluto indicare l'intero spazio del tempo anteriore alle « Kalendae » compreso il giorno stesso delle « Kalendae », in ogni modo egli, se tutto si riferiva al diritto del creditore, poteva dire molto bene: « Qui ita stipulatur: ' *intra Kalendas* proximas dari spondes? ' nihil differt ab eo qui ' *Kalendis* dari ' stipulatur », poichè in questo caso come in quello il creditore può agire solo dopo le « Kalendae ».

Vienna.

RICHARD HESKY.

[1]) Cfr. pag. 122 l. c.

Digitized by Google

NECROLOGIE

TEODORO MOMMSEN

Nella seduta del 22 novembre 1903 io ebbi a commemorare alla R. Accademia dei Lincei, per invito del presidente, il nostro socio onorario Teodoro Mommsen. Riproduco qui sotto integralmente, pei soci dell' Istituto, il discorso letto in quella circostanza e apparso già nei *Rendiconti* dell'Accademia, vol. XII, fasc. 11, p. 447-459:

Affidandomi l'incarico di commemorare davanti a Voi Teodoro Mommsen, il nostro Presidente pensò che spettava ad un cultore del diritto romano di adempiere a un dovere così onorevole; nè io mi riconosco altro titolo per parlarvi di lui, se non questo: d'essere uno studioso di una delle maggiori discipline, fra quelle alle quali il Mommsen dedicò tanta parte della sua vita.

La Classe di scienze morali, storiche e filologiche ebbe in lui - senza fare torto a nessuno dei colleghi - uno dei più illustre suoi membri. Tutti ci onoravamo che fosse dei nostri. Tutti abbiamo davanti agli occhi la sua caratteristica immagine, come la vedemmo le ultime volte che fu qui, in mezzo a noi: la persona esile, alquanto ricurva, il volto dalle linee acute, il fuoco adamantino degli occhi splendenti sotto la fronte alta e spaziosa come la fronte d'un duomo, circondata dalla bianca chioma fluente.

Morì il 1° di novembre, in età di circa 86 anni; gravissima età per qualunque altro, non per lui, che conservava ancora tutta la potenza della sua robusta fibra di pensatore! Assuefatti a ricevere da lui la parola che risolveva ogni nostra incertezza, di fronte a ogni nuovo problema che il progresso dei nostri studî ci veniva proponendo, la parola che ci rischiarava il cammino in ogni ramo della nostra scienza, non sappiamo quasi persuaderci che tanta forza di pensiero

Digitized by Google

sia estinta, e il soccorso di tanto intelletto sia venuto a mancarci per sempre!

Davanti a lui non è possibile non sentirci tutti, in qualche modo, più umili: lo stesso senso di sgomento che prova ogni studioso, considerando la vastità delle cose che ignora, penetra chi consideri la vastità positiva dell'opera di Teodoro Mommsen, e delle cose che egli sapeva.

Era nato il 30 di novembre del 1817 in Garding, piccolo borgo dello Schleswig di meno di 2000 abitanti, nella modesta casa parrocchiale del padre, che era pastore di quella chiesa. Tre figli dovevano celebrarne il nome, perchè i due fratelli di Teodoro - Tycho ed Augusto Mommsen - splenderebbero certo anche di maggior fama, se non li oscurasse alquanto la gloria del primogenito.

Compiuti gli studî in Altona ed in Kiel, Teodoro si laureò in diritto presso l'Università di Kiel, presentando per tesi una dissertazione *ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate* (8 novembre 1843). La sua monografia *de collegiis et sodaliciis romanorum*, creduta non di rado, a torto, la sua dissertazione di laurea, fu scritta da lui quasi nello stesso tempo, e servì a richiamare per la prima volta sul nome di lui giovanissimo l'attenzione degli studiosi. A breve distanza, nel 1844, veniva alla luce la monografia anche più importante, *die römische Tribus*.

Ma egli non era allora tutto assorto nello studio storico del diritto e compose con gli amici anche dei versi (*Liederbuch dreier Freunde*, 1843): ne ho letti alcuni poco fa e mi sono sembrati veramente non privi di pregio. Continuò anche in seguito a coltivare le muse, e tradusse in versi tedeschi, fra le altre, alcune poesie del Giacosa (1878) e del Carducci (1879); perfino talune delle più difficili a rendere in una lingua diversa, come l'ode alla *Rima*. In queste sue attitudini per la poesia sta forse in parte il segreto del fascino che esercitano le sue maggiori opere, e ne deriva il pregio artistico della loro forma. La sua prosa è stimata fra le migliori che onorino la recente letteratura germanica.

Nel 1845, aiutato in tutti i modi dal Savigny, venne il Mommsen per la prima volta in Italia, e si recò sul monte Titano a visitare Bartolomeo Borghesi, principe allora degli epigrafisti, per attingerne insegnamenti e consigli circa gli studî che desiderava di intrapren-

Digitized by Google

dere. Intuì il Borghesi il valore del giovane, lo iniziò a quelle discipline e gli additò le nostre provincie del mezzogiorno, come degnissimo campo delle sue prime ricerche, sì per l'abbondanza dei materiali che avrebbe potuto ricavarne, nessuno avendole, si può dire, fino allora abbastanza investigate, sì per la difficoltà di scernere le iscrizioni vere dalle false, frequenti colà assai più che altrove. Per alcuni anni il Mommsen mise in quelle indagini tutto l'ardore della sua gioventù: percorse tutte le contrade, frugò tutti i paesi del Napoletano, sostenendo disagi, affrontando e superando ostacoli e difficoltà d'ogni sorta, o derivassero dalla natura dei luoghi, o dagli uomini che li abitavano, e dalla ignoranza dei contadini, o di coloro che pur contadini non erano Il frutto di questo lavoro fu quel volume delle *Inscriptiones regni Neapolitani* (1852), che fu superato soltanto dal Mommsen medesimo nel *Corpus Inscriptionum*.

In mezzo a quelle ricerche il Mommsen imprese lo studio dei linguaggi meridionali, ch'egli trovava negli antichi monumenti e pubblicò nel 1850 un libro rimasto classico, malgrado i nuovi risultati più recenti, *die Unteritalischen Dialekte*. Fu questo appunto uno dei tratti caratteristici di quest'uomo straordinario, di far progredire sempre e spesso in modo decisivo anche le parti della scienza da lui transitoriamente toccate.

Pubblicò pure, in quel tempo, altri numerosi articoli e memorie, la maggior parte in buon italiano. Il primo suo scritto nella nostra lingua fu quello *sopra la posizione del Comizio romano*, nel *Bullettino dell' Istituto archeologico*.

Dopo la sua partenza dall'Italia, la sua produzione scientifica fu quasi tutta in tedesco e in latino.

Tornato con tanta nuova suppellettile di studî in Germania, ottenne, nel 1848, la cattedra di professore straordinario di diritto romano nell'Università di Lipsia: ove strinse calda amicizia con due insigni colleghi, Ottone Jahn e Maurizio Haupt.

Maturavasi appunto allora in Germania quella rivoluzione che circa la metà del secolo scorso sommosse tutti gli ordinamenti della vecchia Europa. Teodoro Mommsen non era uomo da serbarsi estraneo a così grande agitazione di idee: animato da spiriti sinceramente liberali, a cui rimase poi per tutta la vita fedele, prese anzi parte con ardore a quel movimento con la parola e con gli scritti, come gior-

Digitized by Google

nalista battagliero nella Gazzetta dello Schleswig-Holstein: si sarebbe stimato, ebbe egli stesso a dire in seguito, indegno di vivere in un tempo in cui si compivano così solenni avvenimenti, se non vi avesse partecipato in qualche modo, e se, tutto intento alle guerre sannitiche, non si fosse accorto di quelle che si combattevano intorno a lui! - Ne perse la cattedra nel 1850; il Governo sassone destituì il Mommsen e i due suoi amici, che al par di lui avevano per la libertà parteggiato.

Esule, fu accolto nel 1852 dalla Università di Zurigo, dove tenne per circa due anni lo stesso insegnamento del diritto romano. Questa sua dimora a Zurigo gli dette occasione di esercitare in un nuovo campo le sue ricerche epigrafiche; per il primo raccolse in quegli anni le antiche iscrizioni elvetiche.

Tornata la calma negli animi, e attenuati alquanto i ricordi delle passate vicende, il Governo prussiano lo chiamò nel 1854 a insegnare diritto nell'Università di Breslavia, di dove passò nel 1858 a insegnare storia antica presso la facoltà filologica di Berlino. Da Berlino non si mosse più fino al termine della sua vita, avendo ricusato nel 1876 l'offerta di una cattedra fattagli dall'Università di Lipsia, quasi per ammenda dell'espulsione soffertavi. Ed in Berlino egli non solo spiegò la sua attività d'insegnante, ma anche quella di accademico, sapendo dare come Segretario di quell'Accademia delle scienze uno straordinario impulso all'opera di essa.

Alla vita pubblica prese poi sempre parte e fu deputato alla Camera prussiana dal 1873 al 1882, e al *Reichstag* dal 1881 al 1884. Tutti ricordano il suo aspro conflitto col principe di Bismarck. Consapevole della propria grandezza intellettuale e morale - che non nascose mai, a sè, nè agli altri - egli levò nelle più gravi vicende internazionali la sua voce solenne di consiglio e di ammonimento: tutti noi ricordiamo la sua *lettera agli Italiani*, scritta nel 1870 per dissuaderci dal portare il nostro soccorso alla Francia, e per stringerci nell'alleanza germanica; e l'altra così recente *agli Inglesi* per indurli del pari a mantenersi in migliore armonia coi tedeschi.

Ma io vi ho parlato finora soltanto di una parte secondaria delle operosità di Teodoro Mommsen. L'attività scientifica di quest'uomo ebbe veramente qualche cosa di meraviglioso. Celebrandosi nel 1887 il 70° anniversario della sua nascita, come i suoi discepoli di ogni

Digitized by Google

paese componevano in suo omaggio una voluminosa raccolta di pregevoli pubblicazioni, uno di essi lo Zangemeister, bibliotecario a Heidelberg, pensò di comporre e pubblicare l'elenco bibliografico di tutte le opere del Mommsen; ne venne fuori un volumetto, tutto di soli titoli, di ben 920 numeri! se si tolgono le molteplici ristampe e le traduzioni che vi sono comprese - le une e le altre tuttavia rivedute spesso dall'autore - resteranno circa 700 lavori. Nei sedici anni di vita che gli rimasero, dopo il 1887, l'attività produttiva del Mommsen non rallentò: crescere più di quello che già era non avrebbe potuto. Possiamo quindi calcolare sicuramente a circa un migliaio, il numero dei lavori usciti dalla sua penna. E in mezzo a tanta quantità e varietà, quale vastità di opere! Ve ne sono di così voluminose e potenti che ciascuna di esse parrebbe dover esaurire da sola tutta l'attività d'uno scrittore.

Sembrava tutto intento all'insegnamento del diritto, e a lavori epigrafici e numismatici, quando usciron fuori con incredibile e ispirata celerità, in tre anni dal 1854 al 1856, i tre volumi della *Storia romana*, la più universalmente nota tra le opere da lui composte, ma non quella a cui il Mommsen teneva di più. È un capolavoro d'arte, forse anche più che di scienza, e come tale l'autore stesso si compiacque di considerarla; tanto che, mentre tutti i suoi lavori egli soleva rivedere sempre, e qualche volta rinnovò per intero in ogni edizione, secondo i risultati dei suoi nuovi studî, a questa non volle, si può dire, mai rimetter le mani: nelle numerose traduzioni e ristampe rimase quale era uscita la prima volta dalla inspirazione del suo genio. Sono in questi volumi intere pagine che avrebbero potuto essere scritte in esametri! — Nè volle mai completarla: il volume quinto, uscito a circa trent'anni di distanza, non si può dire la continuazione di quei tre; è la descrizione precisa, completa, fatta con rigore di metodo scientifico, ma fredda e arida, della storia delle provincie dell'Impero, fino al tempo di Diocleziano; - quei tre primi sono invece la ricostruzione viva ed artistica, fatta sotto la guida di una sapiente fantasia, altrettanto che sotto quella di una indagine erudita, dell'immagine e delle vicende di Roma, - specie della Roma di Sulla e di Cesare.

In tutta la parte più antica, il Mommsen trovava una via già battuta da un altro grande che lo aveva preceduto. Scrutando con nuovo

Digitized by Google

metodo gli antichi avvenimenti di quel popolo, Giorgio Niebuhr aveva posto le nuove basi in tutta la primitiva storia di Roma; dietro le sue tracce si è svolta tutta quanta la critica successiva di quella storia anche dove apparisce come una opposizione alle dottrine Niebuhriane: la stessa opera del Mommsen ne discende in parte, quantunque edificata sopra studi più solidi e maturi. — È nel descrivere la figura e i tempi di Cesare che il Mommsen afferma tutta la potenza della propria individualità di scrittore: quando giunge a scolpire l'immagine e a narrare la vita del suo eroe, l'arte sua grandeggia, fino a toccare i vertici più eccelsi di una grande poesia. Fu domandato spesso se il Mommsen rivelasse alcuna preferenza personale per l'una o l'altra delle fazioni, di cui doveva narrare le contese: alcuni suoi discepoli sostengono volentieri che egli seppe mantenersi assolutamente imparziale: a me non sembra. Non era, d'altronde, possibile che un uomo della sua indole, che aveva sostenuto, pochi anni prima, con tanto ardore nella vita le parti della rivoluzione, scrivendo la storia di un'altra rivoluzione, sebbene compiutasi diciannove secoli prima, non fosse indotto a sostener le parti della plebe e di Cesare contro quelle dei patrizi.

La *storia romana* rimarrà come un capolavoro d'arte perenne. Anche se gli studi e le indagini posteriori condurranno a correggere l'esposizione dei fatti, a modificare qualche giudizio, ad attenuare qualche apprezzamento degli avvenimenti e degli uomini che vi campeggiano (il Mommsen stesso li modificò e attenuò in parte, sebbene non diminuisse mai la sua profonda antipatia per Cicerone), l'opera sarà cercata e letta sempre con la stessa ammirazione che suscitò al suo primo apparire.

I meriti del Mommsen verso le scienze storiche non consistono soltanto nei volumi che ho fin qui ricordato. Chi può solo enumerare l'infinita quantità di punti speciali da lui illustrati in una serie di articoli di periodici, di memorie accademiche, di monografie pubblicate in questa o quella occasione? Alcuni dei principali studi furono da lui riuniti in quei due preziosi volumi delle *Römische Forschungen* (1864-1879), che bene alla storia si accompagnano. Nelle discipline ausiliarie alla storia egli segnò orme incancellabili: ricorderò la Cronologia romana fino ai tempi di Cesare (1858, 2ª ed. 1859) e il trattato sopra le monete romane (in una prima forma 1850-51, rinnovato nel 1860), che restano fondamentali in siffatti ordini di studi.

Digitized by Google

Dell'epigrafia egli fu il sovrano incontrastato. Il *Corpus Inscriptionum Latinarum*, con l'*Ephemeris epigraphica*, che ne costituisce il complemento, è il più grandioso monumento eretto da lui alla storia e al diritto dei Romani.

Si è detto da taluni che il Mommsen fosse stato il primo a creare e proporre una siffatta raccolta: non è egli uomo da aver bisogno che gli si attribuiscano anche meriti non suoi. La prima idea ne era stata affacciata in Francia dal Villemain, ministro della pubblica istruzione nel 1843; ma non ebbe seguito. Qualche anno dopo, il Savigny la fece propria e la ripropose in Germania, dichiarando, in seno all'Accademia delle scienze di Berlino, che conveniva affrettarsi ad attuarla, finchè viveva Bartolomeo Borghesi, unico a parer suo, che fosse in grado di tradurre in pratica un proposito così vasto: soggiungeva bensì esservi per buona sorte in Germania un giovane, capace di coadiuvarlo in quest'opera: Teodoro Mommsen. Quando, non molto dopo, il proposito fu attuato, il Borghesi era morto, e l'incarico di dirigere il lavoro fu dall'Accademia affidato, senz'altro, al Mommsen, il quale ne aveva tracciato il piano. Così egli intraprese quest'opera colossale, che doveva assorbire tanta parte della sua vita! Essa è oggi per merito suo quasi interamente compiuta: lo stesso Mommsen non aveva sperato di condurla fino al punto nel quale la lasciò. Ebbe numerosi e valentissimi collaboratori: ma egli fu il supremo ordinatore di tutto l'immenso materiale, l'anima, si può dire, di tutta la raccolta. Di molte parti fu anche egli stesso il raccoglitore: a questo fine andò di nuovo investigando palmo a palmo tante nostre città e campagne: questo fu che lo rese quasi popolare in tanti nostri paesi. Solo chi abbia avuto occasione di attendere a siffatto genere di lavori può avere un'idea delle difficoltà che presentano, della somma di cognizioni, di studi, di pazienza che richiedono! Il Mommsen fece anche di più: tutto il *Corpus* è diviso in grandi partizioni per materie e per paesi: ora a ciascuna delle prime fu anteposto, per lo più dallo stesso Mommsen, un proemio, che non di rado è una dissertazione e un trattato completo, come quello, per esempio, sui diplomi militari; e a ciascuna delle seconde una sommaria, ma diligentissima narrazione di quanto si conosce intorno alle vicende dei paesi a cui le inscrizioni si riferiscono: così il *Corpus inscriptionum* è, al tempo stesso, una completa topografia e storia di tutti i luoghi che componevano

*

Digitized by Google

l'impero. I commenti alle maggiori iscrizioni giuridiche sono spesso importanti capitoli della storia del diritto romano.

Sotto la gran luce della dottrina del Mommsen e la punta acuta della sua critica, una epigrafe rivelava cose che nessuno era riuscito a scorgervi; serviva qualche volta a sciogliere i più ardui e più controversi problemi: la inscrizione di Scaptoparene (cito apposta uno dei più piccoli esempi) poteva, in mano d'altri, essere argomento d'un breve articolo esegetico del decreto imperiale: bastarono al Mommsen i due versi del principio per dimostrarci come questi decreti si pubblicassero, e come decidendo un caso singolo, a richiesta di un particolare, potessero divenire norme generali e leggi di tutto l'impero: ciò che fino allora non ci riusciva chiaro. L'ala del suo genio di scienziato e di artista gli permetteva d'innalzarsi così, dalle più tenui impronte, alle più alte sfere della storia e del diritto; si potrebbe dire, che quelle impronte fossero, qualche volta, fin troppo lievi per sostenere il tocco potente della sua grande fantasia.

Non esiste epigrafe, che ci serbi traccia di notevoli fatti storici o del testo di leggi romane, che egli non abbia studiata. Così il suo commento al monumento Ancirano (2ª ed. 1883) contiene l'esposizione della storia di Augusto e si potrebbe quasi considerare come preparazione al quarto volume della sua storia.

Fermavano a preferenza la sua attenzione le leggi che concernevano gli ordinamenti pubblici dello Stato, dei municipi e delle colonie: basterebbe qualcuno di questi suoi minori scritti, quello per esempio, rimasto celebre intorno alle tavole di Malaga e di Salpensa (1855-56), perfetto esempio d'una trattazione di tal genere, per la gloria di uno scrittore. Nè vi fu poi monumento relativo a questa materia che da lui non abbia ricevuto spesso la prima, sempre la più importante illustrazione. Il testo delle leggi e degli altri documenti giuridici fu da lui di nuovo riveduto nel curare la sesta edizione dei *Fontes iuris romani antiqui* del Bruns.

Alla storia del diritto pubblico appartiene l'opera che Teodoro Mommsen considerava come il suo capolavoro scientifico: il *Römisches Staatsrecht* (1ª ediz. 1871, 1874, 1875, 1887, 1888 — 3ª ediz. 1887-1888), insuperabile trattato di diritto costituzionale e in parte di diritto amministrativo romano. Esso doveva sostituire nel nuovo Manuale di antichità romane da lui pubblicato insieme col Marquardt la parte,

Digitized by Google

che nel Manuale precedente del Bekker e del Marquardt era stata svolta nel 2° volume dal Bekker; ma e per l'ampiezza del disegno e per la diversità della materia trattata e per la differenza del metodo seguíto fu cosa del tutto nuova. L'opera del Bekker resta ancora, nei suoi limiti più ristretti, un bell'esempio di storia del diritto, ma è ben lontana dal potersi dire una completa trattazione giuridica del sistema costituzionale. L'opera del Mommsen colmò una lacuna. L'unico difetto - non starò a esporvene i pregi infiniti - che, a parer mio, si potrebbe forse notare, deriva da questo suo stesso carattere, forse eccessivamente giuridico per l'indole della materia, che mal si presta a una determinazione rigorosamente logica di principii e di conseguenze. Il diritto pubblico di tutti i paesi e di tutti i tempi suole assumere, nella funzione pratica delle sue norme e dei suoi istituti, atteggiamenti e forme alquanto diverse da quelle che le regole e la stretta logica giuridica farebbero supporre. Non abbiamo che da volgere uno sguardo alle presenti condizioni dei nostri ordini costituzionali, per averne le prove manifeste; lo Statuto attribuisce, per non citare che un esempio, parità quasi assoluta di attribuzioni ai due rami del Parlamento, rispetto alla formazione delle leggi e al Governo dello Stato ora in realtà la Camera può molto più del Senato. Da queste deformazioni pratiche e storiche dei principii fondamentali d'ogni sistema e delle norme che ne derivano lo studioso del diritto pubblico non può prescindere. Ma a siffatte considerazioni il Mommsen avrebbe potuto rispondere che egli non intese di narrare la storia degli svolgimenti pratici del diritto pubblico di Roma; il suo trattato volle essere e fu la completa, perfetta esposizione di quella costituzione dal mero punto di vista giuridico. Nè io ignoro che da altri critici assai competenti furono fatte, circa l'opera del Mommsen, osservazioni del tutto opposte alle mie, sicchè si può anche pensare che tra le due censure il sommo maestro abbia tenuta la retta via. Gli fu rimproverata da altri una distribuzione difettosa delle materie tra i varii volumi: perchè comincia parlando delle magistrature e soltanto nel terzo volume tratta dell'ordinamento del popolo e del Senato, senza dei quali le prime restano meno intelligibili, quasi prive della solida loro base. A me non pare che questo difetto, se tale è, abbia grande importanza; se alcuno desidera conoscere l'ordinamento del popolo, prima di quello dei magistrati, non ha che da cominciare la lettura

Digitized by Google

dal volume terzo e passare poi al primo. In ogni modo lo stesso Mommsen rettificò l'ordine in quel bellissimo sunto dell'opera maggiore, ch'egli pubblicò col titolo *Abriss des römischen Staatsrechts* nel 1893.

Restava tutta una parte del diritto romano, attinente al diritto pubblico non trattata ancora nel modo che meritava: il diritto penale. Ottantenne il Mommsen vi si accinse e nel 1899, quando la sua maggiore produzione scientifica pareva ormai gloriosamente chiusa, uscì fuori il *römisches Strafrecht*, che costituisce appunto il compimento dello *Staatsrecht*: è l'esposizione ampia, magistrale del diritto e della procedura criminale di Roma compenetrati a vicenda, come dovevano essere esposti necessariamente, ma come nessuno aveva pensato di fare prima di lui.

Sembra di aver detto dell'opera di molti uomini, e resta ancora da dire di un intero campo, notevolissimo, dell'operosità di quest'uomo: la sua attività di editore. Tutti sanno quale difficoltà presenti la revisione critica di un testo incerto o alterato. Il Mommsen volle affrontare e superare anche questa: agli altri suoi lavori fu solito avvicendare la cura diligente delle nuove edizioni che gli furono affidate di molti libri antichi e di una gran parte delle fonti del diritto romano.

La migliore edizione delle Pandette è certamente la sua, ed egli pose in una stupenda prefazione a questa grande opera il più sicuro fondamento alla critica di questo massimo testo giuridico. Sul mutilo palinsesto dei frammenti Vaticani egli tornò più volte dal 1859 al 1890; la *Collatio mosaicarum et romanorum legum* fu da lui pubblicata nel 1890; le *notae* di Valerio Probo, i testi minori della giurisprudenza romana scoperti negli ultimi tempi ebbero sempre in lui il loro editore e critico; e alle edizioni altrui di Gaio, di Ulpiano, dei Gromatici contribuì potentemente. Più di un papiro giuridico fu da lui letto e commentato. E per uscire dal campo del diritto, chi non ricorda la sua opera indefessa, geniale, acuta nelle edizioni dei cronografi di Solino, di Jordanes, di Cassiodoro, del *liber pontificalis*, i suoi contributi a Festo, a Livio, a Plinio il giovine?

Ovunque lo studioso del mondo antico romano volga il suo sguardo, trova sempre il Mommsen storico nel più lato senso, giurista, scopritore, commentatore, editore, « che sopra gli altri come aquila vola ».

Digitized by Google

Alla fantasia alata si univa in lui la più eroica diligenza, la più minuta esattezza nella constatazione dei fatti, o si trattasse della lettura di un'epigrafe o di un manoscritto o della interpretazione di un testo; l'artista che ricostruiva l'antico mondo romano non si serviva che del più solido e provato materiale.

Come editore il Mommsen si accinse finalmente nella più tarda età a un'altra grande impresa, la nuova edizione del Codice Teodosiano. La morte lo colse mentre stava terminando il lavoro, ma già ne esistono, a quanto mi si afferma, tutte le bozze di stampa, che egli avrebbe forse ritoccate ancora in qualche punto prima di licenziarle. La nuova edizione non tarderà in ogni modo a esser pubblicata. Chi sappia l'importanza di quel codice per lo studio della storia del diritto romano e sopratutto del diritto pubblico dell'impero, e le grandi difficoltà che esso per molti rispetti presenta, intenderà quali nuovi meriti il Mommsen acquistasse ancora di fronte alla scienza con questa edizione. L'opera di Jacopo Gotofredo soltanto dal Mommsen avrebbe potuto essere superata. Quest'ultimo lavoro della sua vita lo ricongiunge in qualche modo a quel grande giureconsulto, che ben poteva dirsi il massimo dei cultori del diritto pubblico romano prima di lui.

Esemplare fu anche la vita privata di Teodoro Mommsen. Marito e padre affettuoso, fecondo non solo di volumi, egli ebbe ben sedici figli. Nell'amicizia fu fedele e profondo, e con parecchi italiani mantenne intime e cordiali relazioni. Ricorderò qui tra i nostri morti particolarmente il Borghesi, il de Rossi e il Fiorelli. Dei numerosi suoi discepoli, molti divennero suoi collaboratori, e ben si può dire che lo adorassero.

Certo egli non risparmiò rimproveri, e talora anche troppo aspri e violenti, ad avversari e talora anche ad amici. Ebbe pochi odî e disprezzi tenaci, molti sdegni passeggeri; ed io stesso, benchè avessi provata in molte occasioni la sua benevola cortesia, ebbi a sperimentare una volta l'amarezza della sua censura. Ma che perciò? Alla colpa forse piccola, che ci meritò il suo rimprovero, noi ne aggiungeremmo una maggiore, se ci fermassimo sopra queste circostanze meschine.

« Aveva fama di essere stato molto passionato e senza dubbio i suoi sentimenti, le sue inclinazioni e le sue avversioni si esprimevano con una forza, anzi con una vivacità, che non mitigata, doveva ne-

Digitized by Google

cessariamente trasmodare e talvolta anche oltraggiare. E sovente egli offese o per impeto di collera o per asprezza di parole non solo uomini senza pudore, ma anche spiriti nobili ed amici ». Queste parole furono scritte di Giorgio Niebuhr poco dopo la sua morte (*Lebensnachrichten* III, 333), e potrebbero benissimo essere state scritte per Teodoro Mommsen. I due sommi storici ebbero comuni, insieme con la grandezza dell'ingegno e con l'oggetto dei loro studi, anche questi caratteri. Ma chi ricorda oggi, di fronte alla venerazione che circonda la memoria del suo nome, i piccoli difetti del Niebuhr? Così sarà fra breve di quelli del Mommsen. Di fronte a qualche sua parola meno benevola per le cose nostre presenti, o per la gente cui noi apparteniamo, sta l'opera di tutta la sua vita: oltre sessant'anni di lavoro assiduo intorno al paese nostro ed a ciò che noi abbiamo di più grande, la storia, la lingua, il diritto dei nostri antenati latini.

Noi ci gloriamo di aver avuto Teodoro Mommsen come maestro e collaboratore di una storia che è nostra. La pura luce che s'irradia dalla sua nobile figura illumina il nostro intelletto di studiosi e la nostra coscienza di uomini.

Egli fu di coloro nei quali più si appalesa la divinità della natura umana. Eroi siffatti di rado sono concessi all'ammirazione dei contemporanei e dei posteri: da lungo tempo non era sorto e per lungo tempo forse non sorgerà chi l'uguagli!

VITTORIO SCIALOJA.

Digitized by Google

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Silvio Perozzi. *Le obbligazioni romane.* Prolusione letta il 14 aprile 1902, con note. - Bologna, Zanichelli, 1903, in-8, pag. 156. — Questa brillante e suggestiva prolusione del chiaro romanista di Bologna va molto al di là, e per la mole e per la sostanza, di quello che normalmente è un discorso accademico e d'occasione. L'argomento vasto e fondamentale per l'intero sistema romano, costretto dapprima entro i limiti che una prolusione consente, dovè nella stampa esser trattato con una maggiore larghezza, quale si richiedeva dai gravi problemi affrontati e dalla necessità di dimostrare e giustificare le soluzioni adottate; al che l'A. provvide con numerose e talvolta lunghissime note, le quali, pur lasciando al lavoro la sua forma originaria di discorso, ne quadruplicarono la mole.

Le idee che nel volume l'A. espone sono un nuovo e prezioso frutto di quel metodo critico, che nello studio delle fonti romane si è da alcuni anni inaugurato e che ha sin qui sconvolto più d'una delle teorie tradizionalmente accettate dai romanisti. Movendo dalle strane classificazioni bizantine delle fonti delle obbligazioni, che accanto al contratto e al delitto pongono le ibride figure del quasi-contratto e del quasi-delitto, e studiando tutti i luoghi nei quali si riscontra il concetto di « obbligare », il Perozzi si fa a ricercare qual fosse il concetto primigenio della obbligazione romana. Ora a penetrare l'essenza vera della idea di obbligazione, non basta pensare al vincolo giuridico che lega il debitore al creditore, ed è anzi erroneo il soffermarsi a studiarlo tra persona e persona. Occorre risalire nella storia fino ai primi bagliori della vita romana e ricondursi al tempo in cui prima e al disopra dell'individuo stava la gente. Fu nel seno della federazione dei gruppi sociali, tra le *gentes*, che sorse dapprima la idea di obbligazione e vi sorse direttamente siccome conseguenza di una responsabilità delittuosa. Il primo contatto tra gente e gente fu quello cui poteva dare occasione l'offesa dell'una verso l'altra, il delitto; donde la necessità della riparazione se la gente offenditrice voleva sottrarsi alla vendetta di quella che era stata offesa, e quindi la obbligazione siccome responsabilità giu-

Digitized by Google

ridica penale. Più tardi però, subentrati ai gruppi maggiori i minori gruppi familiari, i capi di questi ultimi entrano in rapporti d'affari tra loro, rapporti pacifici, mentre innanzi essi erano stati rapporti di guerra; e così sorge una seconda fonte di responsabilità, l'affare, dal quale a poco a poco si svolge la figura del contratto, che permane tuttavia antitetica, come per lo innanzi, a quella di delitto. Or se codesta condizione giuridica personale, di chi è obbligato per delitto e di chi è obbligato per contratto, si ponga di fronte a quella che è la condizione normale di tutti gli altri, i quali non son sottoposti ad alcuna responsabilità, ma liberi - così come avviene pel fondo gravato di servitù rispetto a tutti gli altri, che non lo sono - il concetto di *obligatio* scaturisce limpido nella sua purezza romana; essa è una condizione personale anormale, prima della *gens*, poi del cittadino singolo, uno stato di soggezione, stato come l'esser libero o schiavo, gentile o cliente, ma stato di soggezione, *asservimento*.

È questa la parola su cui tutta la tesi del Perozzi si poggia e che a lui serve per distinguere le obbligazioni da tutti gli altri obblighi. Il dovere, il vincolo giuridico non s'intendono e non si concepiscono se non come effetti di codesto asservimento. E la obbligazione allora non è più un concetto astratto, una concezione teorica pei Romani, perocchè il diritto romano non ha l'*obligatio*, ma ha le *obligationes*, ossia dei singoli casi fissi di obblighi, in cui si vedevano degli asservimenti; ossa è uno stato personale di soggezione che sta allo stato di non soggezione a vincoli, come, in altro campo, lo stato del fondo servente sta a quello del fondo libero. Se pertanto tale stato d'asservimento non può derivare, originariamente, che o da un atto pacifico, il contratto, o da un atto di guerra, il delitto, non potevano dal pensiero romano configurarsi altre fonti, donde avessero a scaturire le obbligazioni, all'infuori del delitto e del contratto (ossia il *negotium*, chè *contrahere* significa soltanto compiere un affare, *negotium gerere*), perchè quelle due tutte le comprendevano, senza lasciarne fuori alcuna. È adunque il mondo bizantino che, ristretto il concetto di contratto, vede dalla duplice ed esauriente categoria dei contratti e dei delitti esulare una folla di cento altri obblighi, i quali ormai più non vi rientrano e a cui pur una fonte occorreva assegnare. E la fonte fu facilmente trovata, accostando all'una o all'altra categoria quelle obbligazioni che pei caratteri esterni potevano all'una o all'altra più assomigliare: chiamò dapprima alcuni di quegli obblighi obbligazioni quasi da contratto; quindi per simmetria gli altri rimasti ancor fuori obbligazioni quasi-delitto.

Attorno a questa tesi fondamentale si aggruppano e sono magistralmente svolti molti altri problemi minori, tra i quali in particolar modo interessante quello circa la origine delle nome rela-

Digitized by Google

tive al furto, che, inspiegabili se nel furto si veda il reato del singolo contro il singolo, rimangono pienamente chiare nel loro scopo e nel lor contenuto, se il furto si raffigura come razzia d'una gente contro l'altra per depredarla delle sue cose; concezione analoga a quella che all'A. è servita per rintracciare la origine e il concetto primitivo della obbligazione. A risolvere i quali problemi solo la critica rigorosa ed assidua delle fonti può condurre; sicchè non meraviglierà il trovare nell'opera segnalati numerosissimi frammenti interpolati ed altri non pochi sospetti d'interpolazione. specialmente tra quelli che si riferiscono al concetto di obbligazione e di contratto.

Emilio Costa. *Storia del diritto romano privato.* - Firenze, Barbèra (manuali, n. 6°). 1903, in-8, pag. 247. — Riunire in un breve manualetto, come il presente del Costa, la storia del diritto privato romano, non era cosa agevole, nè lo sarebbe stato ad altri che non avesse avuto come l'A. una lunga pratica didattica ed un' esatta conoscenza perciò dei bisogni a cui esso deve soddisfare. Il libro infatti si dirige ai giovani studenti, cui occorre con una lettura breve, chiara, precisa, imparare a conoscere le linee fondamentali dello svolgimento degli istituti giuridici romani, o rammentare e coordinare sistematicamente le nozioni apprese dalla viva voce del maestro. E a questo ufficio il manuale risponde degnamente, spoglio com' è di discussioni, di riferimento di fonti, di citazioni, e limitato alla pura e succinta esposizione dei principii cardinali di ciascun istituto giuridico, che vi viene presentato nel suo progressivo e graduale svolgimento attraverso la storia secolare di Roma. — Sei capitoli compongono il volume, dei quali il primo dedicato alle fonti (*mores*, leggi, senatoconsulti, editti, giurisprudenza, costituzioni, ecc.), gli altri alle quattro grandi partizioni della materia, cioè alla famiglia e alla persona (in cui s' accentra la storia e la dottrina della capacità giuridica) ai diritti reali, alle obbligazioni, alle successioni. L'ultimo capitolo, brevissimo, tratta delle persone giuridiche (*universitates*, *civitates*, *collegia*, ecc.). L'ordine generale della materia è analogo a quello seguito dall'A. nell'altra sua opera maggiore, il *Corso di storia del diritto romano* pubblicato in due volumi nel 1901-1903. e con gran favore accolto dagli studiosi. Il rinvio al *Corso* sarà pel lettore spesso opportuno, talvolta anzi necessario, specialmente quando i concetti o le vicende di alcun istituto non abbian potuto trovar nel presente manuale quell'ampio e adeguato sviluppo che si richiede per poter essere compresi a fondo.

A. Audibert. *L'évolution de la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'* (Estr. dagli *Annales de l'Université de Lyon*. Mélanges Ch. Appleton. - Lyon, 1903, pag. 37. —

Digitized by Google

Che le formule delle azioni *familiae erciscundae* e *communi dividundo* abbiano in origine avuto un contenuto diverso e più ristretto di quello che apparisce loro assegnato nella più recente configurazione di esse, è cosa di cui gli scrittori non hanno mai dubitato. In che consistesse più precisamente codesta differenza e qual fosse appunto la formula più antica, dalla quale si sviluppò la formula nuova, si propone di ricercare l'Audibert in questa sua eccellente monografia. Premesso che le due azioni hanno nell'antica procedura il carattere di *iudicia duplicia* e che nella procedura formulare una sola formula era data dal magistrato, l'A. studia dapprima la formula antica, la quale dava al giudice soltanto il potere di dividere, e conteneva: *a*) la *demonstratio*, in cui si parlava della divisione da compiersi; *b*) l'*adiudicatio*, che dava al giudice il potere di attribuire all'aggiudicatario le parti di proprietà spettanti agli altri comunisti; *c*) la *condemnatio*, con cui il giudice provvedeva al conguaglio delle quote tutte le volte che i beni caduti in divisione non potessero esattamente ripartirsi tra i comunisti, facendo sorgere a' favore dell'uno e contro gli altri un credito rappresentante le plusvalenze delle singole quote. Mancava invece in esse la menzione d'una *intentio* generale, dalla quale dovesse dipendere il potere nel giudice di aggiudicare e di condannare, facendo funzione d'*intentio* le due clausole relative all'*adiudicatio*: '*quantum adiudicari oportet*' e alla *condemnatio*: '*in quantum condemnari oportet*'. — La formula nuova, sorta sotto l'impulso della giurisprudenza, ebbe un contenuto più esteso. Mentre infatti la *demonstratio*, per l'avvenuto allargamento dei poteri nel giudice, contiene anche la delimitazione delle condizioni necessarie perchè il giudice potesse pronunziare sulle richieste delle parti, e sulle *praestationes*, la formula dovè avere anche una *intentio in ius*, in cui era espresso il diritto delle parti a tali *praestationes*, formulata *ex fide bona* e relativa soltanto alle *praestationes*, per modo che da essa non dipendevano nè il potere d'aggiudicare, nè quello di pronunciare condanne. In tal guisa accanto alle clausole antiche relative alla divisione, si vennero costituendo delle clausole nuove relative alle *praestationes*, restando le due parti della formula indipendenti l'una dall'altra.

— *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. Fasc. IV. - Berlino, Reimer, 1903, pag. 737 a 1160. — Con questo quarto fascicolo, uscito dopo la morte di Mommsen, che aveva fondato l'opera grandiosa, e alla sua memoria piamente dedicato dall'Istituto Savigniano, si compie il primo volume, che comprende così le prime tre lettere. A finirlo ha provveduto il Kübler, che assunti sin dalla fondazione vari soci nella non lieve impresa, è rimasto poi solo a continuarla, per modo che di tutta la lettera *c* è stato egli esclusivamente il compilatore, se se ne eccettuino quattro

Digitized by Google

vocaboli. elaborati dal Gradenwitz o dal Volkmar. Il presente fascicolo va dalla fine della parola *ceterum* sino a *cymbium* e per la copia dei vocaboli che contiene è uno dei più importanti; basta accennare, tra le più notevoli e interessanti pel giurista, alle voci: *civilis* e *civis*, *cognatio*, *cognitio*, *commodum*, *communis*, *competere*, *condemnatio* e *condemnare*, *condicio*, *condictio*, *constituere*, *consultum*, *continere*, *contractus* e *contrahere*, *conventio* e *convenire*, *creditor*, *crimen*, *culpa*, *cura*, *curator*, *custodia*, per intendere che larga mèsse di indagini esegetiche fornisce al romanista questo solo fascicolo. Purtroppo però con l'opera d'un uomo, per quanto indefessa come è stata sin qui quella del Kübler, un lavoro di sì gran mole non può procedere spedito; ed è pertanto da augurare che l'illustre scrittore trovi presto nuovi e valorosi collaboratori, che portino il loro contributo e possano così, con una più sollecita pubblicazione, rendere accessibili a tutti gli studiosi le schede dell'indice generale, che è fin da vari anni già completo presso l'Istituto Savigniano.

R. DE R.

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

Digitized by Google

Digitized by Google

LA RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE

PER

L'ESISTENZA DI SERVITÙ SUL FONDO ALIENATO

NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

I.

È quistione vivamente dibattuta [1]), se ed in quanto sia obbligato il venditore di un fondo, ove sullo stesso gravino delle servitù, che non siano state denunziate. Secondo l'opinione che oggi si può dire la dominante, non vi ha dubbio che l'alienante debba essere responsabile, se assunse espressamente questa garanzia, anche assicurando genericamente il compratore che il fondo era libero, ovvero se tenne a quest'ultimo nascosta l'esistenza di servitù che egli conosceva. All'infuori di questi due casi (dolo ed espressa garanzia) il compratore non avrebbe azione contro il venditore. Egli rimarrebbe senza difesa nell'ipotesi, che colui il quale gli vendette l'immobile nulla sapesse delle servitù, rivendicate poi da un terzo [2]). Difatti si afferma (Windscheid, *Pand.* § II, 391, pag. 112 della trad. ital. testo e nota 28) che l'essersi fatta riconoscere una servitù di natura tale, che per essa non sia tolto al compratore il possesso della cosa, non dà luogo pel compratore nè ad una ragione d'evizione, nè ad una ragione per vizio della cosa, o in altre parole (Ferrini, *Pand.* pag. 690), che la *servitus* è una *qualitas dominii* la quale non impedisce nè lo

[1]) Per la letteratura vedi VANGEROW, *Pand.* III, § 610, n. 3 e WINDSCHEID, *Pand.* II, § 391, pag. 112 della traduz. ital. n. 28. Ivi sono indicati tutti gli autori che si sono occupati dell'argomento.

[2]) Essa può facilmente verificarsi. Colui il quale vende l'immobile l'ha di recente acquistato per successione ereditaria. Vedi un caso analogo a proposito di un *tributum* che grava sul fondo nel fr. 21 § 1 D. 19-1 «... quod si ignorans non praedixit, quod forte hereditarium praedium erat ...».

Digitized by Google

habere possidere, nè l'*uti frui* e non implica diminuzione *quantitativa* della cosa trasmessa.

Contro questa *communis opinio* non sono però mancati per lo passato attacchi vigorosi, determinati dalla naturale interpretazione di alcuni luoghi delle nostre fonti, che reca meraviglia siano stati fraintesi. Ed anche fra i moderni c'è chi (Baron. *Pand.* § 288, pag. 528) sostiene che, costituendo indubbiamente la servitù un vizio della cosa, il venditore di buona fede, il quale non abbia nemmeno esplicitamente promesso l'assenza di servitù, debba risponderne, secondo le norme dell'editto edilizio.

L'esegesi dei frammenti del Digesto addotti pro e contro l'assoluta responsabilità del venditore, anche insciente, dimostrerà come abbiano ragione tanto i sostenitori dell'opinione dominante, quanto quelli che l'avversano. Anche qui il distinguere il diritto classico dal giustinianeo può, a mio avviso, dare la chiave per la soluzione della *vexata quaestio*.

II.

Nel riprendere in esame la questione mi pare opportuno di far prima rilevare come e perchè gli argomenti addotti per forzare l'interpretazione di alcuni testi nel senso dell'opinione dominante (che, cioè, il venditore insciente non sia in alcun modo tenuto per la rivendicazione di servitù da parte di un terzo) non resistano alla critica.

Per la responsabilità, sempre ed in ogni caso, del venditore sembrano decisivi i seguenti frammenti:

fr. 15 § 1 D. 21-2: « *Paulus 5 ad Sabinum* Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servitus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est ».

fr. 61 D. 21-1: « *Ulpianus 80 ad Edictum* Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si sciisset hanc servitutem impositam ».

fr. 38 § 3 D. 45-1: « *Ulpianus 49 ad Sabinum* Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit,

Digitized by Google

vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio iure eius quod distractum est, palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex iure quod habuit ».

La forza di queste dichiarazioni delle fonti non è sfuggita punto ai fautori dell'irresponsabilità (in caso di inscienza) dell'alienante. Eglino però han cercato, in vario modo, di togliere ad esse ogni valore, a fine di conciliarle con altre più numerose e non meno categoriche. Secondo loro, il principio da seguire è quello che si ricava dai seguenti testi: fr. 59, 66 D. 18-1; 48, 75 D. 21-2; 90, 169 D. 50-16. Il venditore cioè risponde dell'esistenza di servitù, ove ne abbia esplicitamente promessa l'assenza, o conoscendole non le abbia denunziate, non quando le ignori. In contraddizione con questa regola non sarebbero menomamente i tre riferiti frammenti 15 § 1 D 21-2, 61 D. 21-1 e 38 § 3 D. 45-1. Non i primi due perchè in essi si tratterebbe soltanto del contenuto dell'azione, non dei requisiti della ragione nascente dall'essere stata disconosciuta al compratore una servitù (v. Vangerow e Windscheid, loc. cit.). Nemmeno poi il terzo direbbe cosa contraria, e per varie ragioni. La frase *vel de quo alio iure* non si riferisce alle servitù, ma alla superficie, all'enfiteusi, al pegno (Vangerow, loc. cit.).

Ulpiano, se avesse voluto mettere in evidenza un dogma contrario alla ben determinata e stabile teoria riguardante l'evizione delle servitù, non avrebbe adoperato questa forma (*vel de quo alio iure*), la quale non discopre il più leggiero accenno ad una diversità d'opinione su questa questione. Tra le cause enumerate, cui il giureconsulto annette l'efficacia di *deminutiones iuris*, e per le quali la *stipulatio habere licere committitur*, non può essere compresa la rivendicazione di servitù, perchè quest'ultima permette lo *habere licere* della cosa (Müller, *Eviction*, pag. 205, n. 61)

Ecco quali sono per sommi capi gli argomenti principali su cui poggia l'opinione che tiene il campo. Si possono vittoriosamente combattere? Credo di sì.

Riguardo al fr. 15 § 1 D. 21-2 si potrebbe osservare che l'interpretazione proposta dal Windscheid e dal Vangerow non persuade molto. Difatti, se si esamina la seconda parte del fr. in congiunzione alla prima, apparisce che il principio si concepisce da chi scrive in

Digitized by Google

modo generale. La regola riguardante l'evizione dell' usufrutto non ha restrizione di sorta, diguisachè sarebbe lecito dedurre che anche per la servitù si desse sempre azione, così come si dava per l'evizione dell'usufrutto. Io però rinuncio a questa obbiezione ed ammetto pure che nel cit. fr. si parli del contenuto dell'azione e non de' suoi presupposti. Ma chi non vede che se l'espressione «sed et si servitus evincatur» si può conciliare con questa spiegazione. lo stesso non può assolutamente ripetersi relativamente al fr. 61 D. 21-1? Qui si dice: *quoties de servitute agitur*, si afferma cioè che ogni qualvolta si tratti di una servitù, la quale venga rivendicata, l'azione avrà quel determinato oggetto Non vi ha dubbio alcuno quindi che, secondo il cit. fr. 61, il venditore sia *sempre ed in ogni caso* tenuto a prestare il *quanti minoris emisset emptor*. Posto ciò niuno potrà mai accettare l'interpretazione dei due citati pandettisti, la quale non può essere considerata che come parto infelice del famoso metodo delle conciliazioni. Alla stessa opera infeconda, spesso, di risultati accettabili va ricondotto il tentativo del Vangerow riguardo all'esegesi del fr. 38 § 3 D. 45-1,

Non è forse arbitraria l'esclusione delle servitù, dei *iura praediorum*, dalla espressione: *vel de quo alio iure*? Anche la Glossa crede che alle servitù non si debba pensare, però con una lezione diversa: *vel de aliquo alio iure*. Ora, sebbene la correzione del testo, quale ce lo dà il manoscritto fiorentino, non sia meno arbitraria, pure l'emendamento dimostra come forti ragioni stiano in favore della generale portata della frase. Difatti volendo mettere il fr. 38 § 3 in armonia cogli altri testi che negavano la responsabilità per evizione in caso di esistenza di servitù, non restava che leggere *vel de aliquo alio iure* invece di *vel de quo alio iure*. In tal guisa dalla generalizzazione si poteva lasciar fuori qualcosa, si poteva cioè riferirla al pegno, alla superficie, all'enfiteusi, ma non anche alle servitù.

Ma, pur prescindendo da ciò, è per ogni verso inammissibile che il giurista abbia adoperata una espressione tanto *generale*, intendendo appunto di riferirsi soltanto al pegno, alla superficie e all'enfiteusi. E le servitù prediali? Non rappresentano desse i *iura* per eccellenza, non costituiscono tutta una serie di limitazioni del dominio, la quale doveva certamente essere presente alla mente di chi scriveva e conosceva il valore e l'estensione della generalizzazione?

Digitized by Google

Buona è certamente l'osservazione del Müller il quale afferma che, permettendo la revindicazione di una servitù lo *habere licere* della cosa, la *stipulatio habere licere* non *committitur* in tal caso. Però questo argomento può valere soltanto per farci sospettare che quella frase non appartenga effettivamente ad Ulpiano. Non sarebbe invece probante, ove si volesse in base ad esso restringere la portata della generalizzazione *vel de quo alio iure*. Questa, se la si interpreta senza preconcetti, abbraccia di certo anche i *iura praediorum*.

In conclusione quindi, anche lasciando fuori - per la ragione dianzi svolta - il fr. 15 § 1, noi abbiamo due testimonianze delle fonti: fr. 61 D. 21-1 - e 38 § 3 D. 45-1 che sono per l'assoluta responsabilità del venditore, sia esso anche insciente.

E allora la questione è tutt'altro che risoluta! Essa risorge più viva che mai.

Ciò non può che disporre ad accogliere bene l'ipotesi che i due testi or ora citati siano stati alterati dai compilatori giustinianei.

III.

La prova dell'alterazione mi par certa riguardo al fr. 61 D. 21-1. L'azione cui si riferisce il citato fr., e che ha per contenuto il *quanti minoris emisset emptor*..., non è l'edilizia *quanti minoris*, come potrebbe far credere la collocazione sotto il titolo « De aedilicio edicto », nè l'*actio empti*.

Ulpiano nel libro 80 *ad Edictum*, donde è tratto il fr. 61, s'occupava dell'*actio auctoritatis* (v. Lenel, *Essai de reconst. de l'Édit perp.* II, § 290, pag. 288-89). Ed il riferimento a questa azione del nostro fr. 61 (v. Lenel, *Paling.* II, col. 880, n. 3; Ulpian. 1741) è anche confortato da quel *victus* che in esso si legge [1]). Questo termine va ri-

[1]) All'*actio auctoritatis* si potrebbe forse riferire anche il fr. 15 § 1 D. 21-2. Paulus 5 *ad Sabinum*. Un tale riferimento mi pare consigliato dal contenuto del fr.; confr. fr. 61 D. 21-1. Vedi anche LENEL, *Paling.* I, col. 1265, il quale a parecchi frammenti del libro 5 ad *ad Sabinum*, compreso il nostro fr. 15 § 1, premette la rubrica: « De mancipatione et traditione rei venditae et de duplae stipulatione ».

Il RABEL, op. cit. pag. 161 invece inclina a credere che l'azione di cui si tratta nel cit. fr. 15 § 1 sia l'*actio empti*. Però mi pare che osti ad una tale congettura la considerazione che quest'*actio empti* mira talora all'*omne quod interest*, e non è perciò *sempre* rivolta al *quanti minoris*.

Digitized by Google

ferito al mancipante, *is qui mancipio dedit* (confr. Rabel, *Die Haftung des Verkaüfers wegen Mangels im Rechte*, pag. 161, n. 2). Difatti, come si desume dal confronto del fr. 62 § 1 D. 21-2: - « recte cum ceteris agam. quod evictionis (scr. auctoritatis) nomine victi sint » - « auctoritatis nomine *victum* esse » era l'espressione tecnica per designare l'ipotesi in cui il mancipante fosse intervenuto nel processo (v. Lenel. *Essai de reconst.* I', § 290, pag. 290, n 2). Si veda anche il fr 51 D 21-2: - « Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei *victus* est ... » - anch'esso riferentesi all'*actio auctoritatis* (Lenel, *Paling.* II, col. 881; Ulpian. 1743).

Che poi l'*actio auctoritatis* avesse per oggetto il *quanti minoris*, fosse cioè diretta al *simplum*, ove un terzo avesse rivendicata una servitù, è concordemente ammesso (v. Lenel, *Essai de reconst.* II, § 290, pag. 293, n. 3; Pernice, *Labeo*, III, I, pag. 118; Rabel, op. cit. pag. 161). Perchè però il mancipante incorresse in una tale responsabilità, occorreva che egli avesse mancipato il fondo *uti optimus maximus*. Ciò si trae in modo indubbio da numerose testimonianze. Vedi:

fr. 66. D. 18-1. *Pomponius 3 ad Quintum Mucium*. Confr Pernice, *Labeo*, III, I, pag. 118.

fr. 75 D. 21-2. *Venuleius 16 Stipulationum*. V. Lenel, *Paling* II, col 1222-23; Venul. 73 - « ... evictionem (auctoritatem scr) ... evictionis nomine (auctoritatis nomine scr.) ... traditus (mancipatus scr.) ... tradidit (mancipavit scr.) » - Confr. fr 59 D. 18-1. *Celsus 8 Digestorum*, in cui Celso richiama la sentenza di Q. Mucio.

fr. 169 D. 50-16. *Paulus 5 ad Sabinum*. V. Lenel, *Paling*. I, col. 1264, Paul. 1700: « ... in traditionibus (mancipationibus scr.) ... ». Confr. anche Girard, *Manuel*, pag 556, n. 5 La clausola relativa al *fundus uti optimus maximus* ci rimanda alla *mancipatio*.

fr. 90 D 50-16. *Ulpianus 28 ad Sabinum*. V. Lenel, *Paling*. II, col. 1117; Ulpian. 2075: « ... tradit (mancipat scr.) ».

fr. 48 D 21-2 *Neratius 6 Membranarum*. Il riferimento all'*actio auctoritatis* pare confortato dalla clausola: *uti optimus maximus*.

fr. 20 § 1 D. 41-1. *Ulpianus 29 ad Sabinum*. V. Lenel, *Paling*. II, col. 1122, Ulpian. 2721: « ... tradit (manicipat scr.) ... traditus (mancipatus scr.) ... traderet (manciparet scr.) ».

Digitized by Google

fr. 126 D. 50-16. *Proculus 6 Epistolarum*. V. Pernice, *Labeo*, III, I, pag. 118, n. 6.

Inoltre l'*actio auctoritatis* doveva soccorrere contro il mancipante doloso, contro colui, cioè, il quale allorchè mancipava il fondo conosceva l'esistenza di servitù, e non le denunziava. Questo è un principio che si può ammettere, in mancanza di prove dirette, avuto riguardo alla natura dell'azione

Ad ogni modo è certo che l'*actio auctoritatis* contro il mancipante, a causa della revindicazione di servitù da parte di un terzo, non si concedeva *sempre ed in ogni caso*, ma sotto certe e ben determinate circostanze. Con questa azione, ad es. sicuramente non poteva essere convenuto, chi non avesse mancipato il fondo *uti optimus maximus* e nulla sapesse delle servitù su questo gravanti. Ed allora è manifesto che non può appartenere ad Ulpiano la generalizzazione: *Quoties de servitute agitur* che si legge nel fr. 61 cit. in cui il giureconsulto trattava dell'*actio auctoritatis*. L'intervento dei compilatori in questo testo è anche, a mio avviso, segnalato da quell'*hanc servitutem*. Perchè *hanc*? Il giureconsulto non ha mai parlato di una *speciale* servitù, ma discorso in *generale* dell'ipotesi che *una* servitù gravi sul fondo [1]. Questo rilievo rendendo assai probabile la congettura che nel testo genuino, dai compilatori generalizzato, si avesse riguardo ad un caso concreto in cui una *determinata* servitù fosse venuta a scoprirsi, contribuisce anch'esso alla dimostrazione dell'interpolazione.

IV.

Anche relativamente al fr. 38 § 3 D. 45-1, di eccezionale importanza per noi, essendochè esso si riferisce ad una delle stipulazioni in uso per garantirsi contro l'evizione, non è arduo dimostrare che sia interpolatizia appunto la frase *vel de quo alio iure*, con cui, generalizzando, si attribuisce, evidentemente, anche alla revindicazione

[1]) I *Basilici*, lib. 19, tit. 10, l. 45, nel renderci il passo lascian via molto giustamente l'*hanc*: Καὶ περὶ τοῦ, ὅτε περὶ δουλείας ἀγροῦ κινεῖται, καὶ ἡττᾶται ὁ πράτης, τοσοῦτον δίδωσιν, ὅσου ἂν ἧττον ἠγόρασεν ὁ ἀγοραστής, εἰ τὴν δουλείαν ἐπικεῖσθαι ἐγίνωσκεν. [Cum de servitute fundi agitur et venditor vincitur, tantum praestat, quanto minoris emisset emptor, si sciisset servitutem impositam].

Digitized by Google

di servitù l'efficacia di una *deminutio iuris* mediante la quale *stipulatio committitur*.

La stipulazione cui nel nostro testo si ha riguardo è la *stipulatio habere licere* (v. Girard, *Nouvelle Revue historique*, 1883, pag. 556; Lenel, *Paling.* II, col. 1192, Ulpian. 2967). Per sapere se nel diritto classico la rivendicazione di una servitù costituisse una causa sufficiente perchè questa specie di stipulazione potesse ritenersi *commissa*, basta esaminare i frammenti relativi alla *stipulatio duplae*. Difatti la *stipulatio h. l. committitur* ogni qualvolta può dirsi *commissa* quella *duplae*, giacchè una delle condizioni appunto nel caso di *duplae stipulatio* è che *habere non liceat*.

Ora questo esame non può non avere per risultato che nel diritto classico romano mai una servitù rivendicata da un terzo potesse far considerare come *commissa* la *stipulatio habere licere*. Per vero essa non impedisce al compratore del fondo lo *habere licere*, non avendo punto il riconoscimento della servitù per effetto l'ablazione della cosa. Mentre è certo che quest'ultima deve verificarsi perchè lo *stipulator* possa agire in virtù della *duplae stipulatio*. Il principio risulta chiaramente da parecchi frammenti del titolo « De evictionibus et duplae stipulatione » (lib. 21). Si vedano per tutti i seguenti:

> fr. 21. D. 21-2: « *Ulpian. 29 ad Sabinum* pr.: Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat .. § 1: Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem. § 2: ... cum igitur neque corpus, neque pecunia emptori absit, non oportet committi stipulationem ».
>
> fr. 16 D. 21-2: « *Pomponius 9 ad Sabinum* Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est ».

Se così è, la generalizzazione *vel de quo alio iure* non può appartenere ad Ulpiano. Vi ha invece qualche altra ragione per attribuirla piuttosto ai compilatori giustinianei. È certamente nelle loro abitudini di estendere la portata di un principio che trovano espresso in un testo, mediante frasi generali, assai comprensive, di cui si servono

Digitized by Google

per introdurre regole nuove sconosciute ai classici. Il prof. Longo (*L'origine della successione particolare* in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, anno XIV, fasc. V-VI, pag. 94 e pag. 98 dell'estr.) ha dimostrato ad es. che sono interpolatizie le frasi « hereditate vel emptione, *aliove quo iure* », « *sive quo alio modo* successerint » nei fr. 3 § 2 D. 43-19 e 51 pr. D. 40-5. Si confronti ora il « vel de quo alio iure » del fr. 38 § 3 colla frase similare, sicuramente emblematica, « aliove quo iure » che ha il fr. 3 § 2 cit., e si vedrà rafforzato il sospetto che anche quella, come questa, sia uscita dalla penna dei commissari di Giustiniano. Se si ammette l'interpolazione, dessa ha ben anche il suo valore per la soluzione della quistione sulla natura dell' azione concessa contro il venditore e diretta al *quanti minoris*. Ma di ciò in seguito.

Per ora basti osservare che la rivendicazione di una servitù pei giuristi classici non era tal causa per cui si considerasse *commissa* la *stipulatio habere licere*, e per conseguenza nemmeno quella *duplae*. Per essi la *servitus* è una *qualitas dominii* che non impedisce nè lo *habere possidere*, nè l'*uti frui* e non implica diminuzione *quantitativa* della cosa trasmessa (v. Ferrini, *Pand.* pag. 690). Nel pensiero dei bizantini invece *aliquid minuitur ex iure emptoris*, per modo che *ei habere non licet*, anche allora quando un terzo fa valere un suo diritto di servitù. Difatti l' espressione generale, che viene adoperata, mi pare che autorizzi a ritenere come essi non facciano, in ordine allo *habere licere*, distinzione di sorta tra queste diverse cause d'evizione: usufrutto, superficie, pegno, enfiteusi, servitù, cioè tra le varie categorie di *iura in re*.

V.

Il rilievo dell' interpolazione del fr. 61 D. 21-1 ci mette in grado di stabilire con relativa sicurezza che soltanto nel diritto nuovo il venditore, anche insciente, risponde dell' esistenza di servitù sul fondo alienato. Interessa però certamente, dal punto di vista dommatico, di sapere come gli stessi giustinianei abbiano considerata questa responsabilità del venditore. Si tratta per essi di responsabilità per evizione, e di responsabilità per vizi occulti della cosa? [1]).

[1]) Per vero, se si ammette che s'abbia a parlare di responsabilità per vizii occulti della cosa, deve ritenersi applicabile anche la *redhibitoria*.

Digitized by Google

Secondo il Gesterding (*Ausbeute von Nachforschungen,* VI, pag. 180 e segg.), il Maynz (*Cours de droit romain,* II, § 213, pag. 231) ed il Baron (*Pand.* § 288, pag. 528) la responsabilità del venditore deve venire regolata secondo le norme dell' Editto edilizio, giacchè l'onere della servitù costituisce un vizio della cosa. Anzi il Maynz dice addirittura esser certo che i Romani abbian considerate le servitù come *vitia fundi.* Questa qualificazione data da Cicerone (*De oratore,* I, 39; *De officiis,* III, 16) sarebbe, secondo lui, confermata dal fr. 61. D. 21-1, in cui s'accorda al compratore l'*actio quanti minoris.* Ma una tale opinione è stata, e credo con ragione, combattuta dal Müller (op. cit. pag. 207 e segg.), il quale non mancò di osservare chè è certamente contrario allo spirito dell' Editto, allo sviluppo de' suoi presupposti, giudicare il rapporto secondo l'analogia dei vizi fisici, occulti, del fondo venduto. La servitù non costituisce un vizio della cosa[1]). E d'altro canto poi la segnalata alterazione del fr. 61, su cui i citati autori si fondano, mi dispensa dal dimostrare come e perchè i giureconsulti romani non abbian mai concepito la servitù quale un vizio del fondo venduto. Resta però a vedere se abbiano fatto ciò i giustinianei cui appartiene il principio che il venditore, anche insciente, debba sempre e in ogni caso essere obbligato per le servitù.

Non vi ha dubbio che la collocazione di un fr. sotto un determinato titolo debba avere il suo valore in riguardo all' interpretazione. Questo valore poi crescerebbe nel caso nostro, giacchè pel fatto che il fr. 61 venne alterato, è meno verosimile che esso abbia preso posto sotto il titolo *de aedilicio edicto* per una semplice svista dei compilatori. Ora se questo argomento dovesse essere decisivo, noi potremmo ritenere che effettivamente era nella intenzione dei commissari di Giustiniano di fare della servitù non dichiarata un vizio occulto afficiente il fondo venduto. Questa concezione, estranea ai giuristi classici, i quali per giungervi avrebbero dovuto superare due difficoltà, una data dalla limitata applicazione (schiavi ed animali) delle norme dell' editto edilizio, l'altra dalla mancanza di analogia tra lo schiavo,

[1]) Difatti, osserva molto giustamente il MÜLLER, op. cit., la non assicurata *libertas rei* non sta in alcun intimo rapporto colla materiale integrità del fondo. Le servitù piuttosto pongono l'acquirente in una posizione giuridicamente svantaggiosa in rapporto a quelle facoltà che egli dovrebbe e vorrebbe avere, secondo i presupposti dei contraenti.

Digitized by Google

l'animale vizioso o difettoso ed il *fundus serviens,* potrebbe essere propria invece dei giustinianei. Difatti poichè l'estensione delle azioni edilizie a qualunque oggetto venduto[1]) si deve certamente a loro, essi non sentivano l'ostacolo più serio.

Gli è però che la collocazione del fr 61 sotto il titolo citato, in mancanza di altri argomenti, non può da sola costituire una prova dell'assunto, di valore indiscutibile. Sia pure che una svista si rende meno ammissibile, allorchè un frammento non viene inserito senza modificazioni, ma chi può assicurare che l'attrazione del fr. 61 sotto il titolo *de aedilicio aedicto* non sia stata determinata dal contenuto dell'azione?

I compilatori dopo di aver alterato il citato frammento ben possono avergli data quella posizione per via dell'oggetto «quanti minoris», affatto identico a quello di una delle due azioni edilizie.

E allora non si sarebbe punto voluto fare della servitù gravante sul fondo alienato un *vizio occulto della cosa.*

Pare piuttosto, se si tiene nel debito conto l'interpolazione del fr. 38 § 3 D. 45-1, che i compilatori abbiano in un certo modo inteso di ricondurre la responsabilità del venditore ai principii della garanzia per evizione.

La *stipulatio habere licere* non è più in uso nel diritto giustinianeo, il quale non conosce che i due rimedi della *stipulatio duplae* e dell'*actio empti*, ma non per questo l'alterazione del cit. fr. perde valore per noi. Resta sempre la considerazione che se la rivendicazione di una servitù non rende possibile lo *habere licere*, per ciò stesso nel diritto giustinianeo si doveva considerare *commissa* la *duplae stipulatio.* Scopo precipuo dei bizantini nell'alterare il fr. 38 citato

[1]) I testi che si adducono come fondamentali per l'estensione sono interpolati. Così il fr. 1 pr. D. 21-1. V. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, pag. 163, e KALB, *Jurisstentatein* pag. 16. Il fr. 63 h. t. risulta anch'esso alterato secondo la stessa direzione. Gli altri passi che si sogliono citare: fr. 49 D. 21-1, fr. 6 § 4, fr. 13 pr. D. 19-1 o si riferiscono espressamente all'*actio empti*, ovvero niente presentano che osti ad un tale riferimento. Si potrebbe avere qualche dubbio riguardo al fr. 49; per vero il LENEL (*Paling.*) lo pone sotto la rubrica «ad Edictum aedilium curulium», ma, come prova il contenuto degli altri frammenti a questo avvicinati: (18-6) [10] (20-6) [3] la subsumzione del passo sotto questo titolo non appare nè necessaria, nè abbastanza giustificata. Su questa estensione dell'Editto v. BREMER. *Zur Geschichte des Handelsrechts*, pag 72, seguito dal PEROZZI, nota *e*, pag. 33 della Traduzione del libro 21 del *Comm. alle Pandette* del GLÜCK.

Digitized by Google

sembra essere quello di introdurre il principio che la rivendicazione da parte di un terzo di *qualsiasi* diritto sulla cosa (si tratti pure di un semplice diritto di servitù) costituisce una causa d'evizione [1]), una causa per cui può considerarsi *commissa* quella stipulazione usata per garantirsi contro l'evizione stessa.

VI.

Ad ogni modo, checchè si pensi di ciò, mi pare, in conclusione, assai verosimile la congettura che il principio della responsabilità assoluta dell'alienante a causa dell'esistenza di servitù non dichiarate, sia di diritto nuovo.

Nell'antico diritto l'*actio auctoritatis* soccorreva solo ove il venditore avesse esplicitamente promessa la *libertas fundi*. In nessun caso poi si poteva dire *commissa* la *stipulatio habere licere* o quella *duplae*. Guardando il rapporto dal punto di vista pratico dell'*habere licere* è naturale che la giurisprudenza romana così decidesse. La stessa *actio empti*, molto più libera ed agile, nella sua funzione di azione di garanzia non colpiva certamente, nel diritto classico, il venditore insciente. Nel diritto giustinianeo invece il compratore può sempre rivolgersi anche contro quest'ultimo con un'azione che gli dà modo di ottenere il *quanti minoris*. E se escludiamo che questa sia una delle due azioni edilizie, non ci resta che pensare all'*actio empti*, diretta al quanto di meno l'acquirente avrebbe pagato, se avessse conosciuta l'esistenza della servitù. Nell'intenzione dei compilatori, come risulta dall'interpolato fr. 61. D. 21-1. il *quanti minoris* deve costituire sempre ed in ogni caso l'oggetto dell'azione accordata

[1]) Dai giureconsulti classici l'esistenza di una servitù prediale a carico di un fondo non veniva punto considerata come un caso d'evizione. Non è perciò esatto il BARON, *Pand.* § 288, pag. 528, il quale raggruppa sotto il concetto di evizione i due casi in cui il venditore ha specialmente assicurato che il fondo non è gravato da servitù, ovvero conoscendole ha taciuto. Questa responsabilità dell'alienante non deriva rispettivamente dai *dicta sive promissa* o dal dolo? Di più l'*actio auctoritatis* prima e quella *empti* poi, applicabili in tali casi, non fungevano da azioni di garanzia per l'evizione. E anche a non tener conto dello svolgimento storico, stando ai principii che regolano l'evizione, quali possono desumersi dalla compilazione, mi par certo che di evizione non possa parlarsi nelle ipotesi dianzi ricordate.

Digitized by Google

al compratore, quindi anche quando il venditore sia in dolo. Questo principio contrasta certamente colla stabile regola che l'azione coinvolge tutto l'*id quod interest*, in caso di scienza; v. fr. 13 pr. D. 19-1. Ma ciò non infirma l'ipotesi che pei bizantini l'*actio* di cui al fr. 61 citato fosse quella *empti*. È piuttosto da ritenere che essi, nel generalizzare la portata del principio stabitito nel fr. a proposito dell'*actio auctoritatis*, non abbiano curato di mettere in armonia il contenuto di quest'ultima azione con quello della nuova ad essa sostituita.

A. De Medio

Digitized by Google

SUL TRATTAMENTO

DELLE

CONDIZIONI IMMORALI E "CONTRA LEGES"

NEL DIRITTO ROMANO

È affermazione generale e concorde degli scrittori che le condizioni immorali venivano, in diritto romano, trattate allo stesso modo delle impossibili: come queste - si afferma - esse annullavano il negozio se apposte ad un atto tra vivi, si avevano per non scritte se ad un atto *mortis causa*. Di qui un accomunamento delle due diverse categorie di condizioni, le turpi e le impossibili, senza alcuna separazione tra queste e le condizioni *contra leges*, che dalla universalità dei trattatisti vengono incluse, come una sottospecie, nella categoria delle impossibili; e per conseguenza un maggiore affannarsi a ricercare quella *idonea ratio* del diverso trattamento, che già Gaio aveva candidamente dichiarato di non conoscere, e che tanto più disagevole diventa lo stabilire se si pongono insieme condizioni tanto diverse tra loro.

Sulla portata di questa regola e sui rapporti che corrono, rispetto ad essa, tra l'una e l'altra specie di condizioni, la più recente critica, distruggendo le antiche dottrine insegnate dalla scuola, ha fermato questi principii:

1. Che il diritto romano, sia classico, sia giustinianeo, non conosce una regola generale per la quale le condizioni impossibili annullano gli atti tra vivi, si hanno per non scritte in quelli a causa di morte; tale norma è una creazione posteriore delle scuole, non rispondente agli insegnamenti dei testi, che il secondo membro della regola si limitano ad applicare alle istituzioni di erede, ai legati, ai fedecommessi e alle libertà[1]).

[1]) Ciò hanno avvertito pei primi il BUONAMICI, *Nota al § 10 Inst. II, 14* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* VIII, p. 31 sgg., e lo SCIALOJA, *Note minime sulle condizioni*

Digitized by Google

2. Che la disparità di trattamento delle condizioni impossibili, turpi e *contra leges* di fronte agli atti *inter vivos* e alle suddette quattro specie di atti *mortis causa* (a parte le cause intrinseche che la provocarono) sorse primieramente non già per la categoria delle condizioni immorali, dalle quali poi si sarebbe, secondo la teoria savigniana, applicata alle condizioni impossibili, tanto più infrequenti delle prime e perciò meno atte a provocare la formazione d'una regola generale - ma precisamente per la categoria delle condizioni impossibili, e cioè prima nelle condizioni assolutamente impossibili, più tardi in quelle relativamente impossibili, passando per analogia alle immorali [1]).

3. Che la regola sabiniana si formò per generalizzazione di speciali soluzioni adottate in casi singoli, e che pertanto, pur rimanendo oscuri ed incerti i *motivi primi* del suo apparire, è tuttavia a ritenersi che la cancellazione della condizione impossibile nell'atto *mortis causa* derivasse dalla protezione accordata al contenuto sostanziale ed utile dell'atto stesso - la disposizione positiva favorevole all'onorato - [2]) sia che in ciò si voglia o pur meno riscontrare, come motivo più intimo, un favor generale dei testamenti o una speciale protezione delle istituzioni di erede o delle libertà concesse testamentariamente e così via, secondo che l'uno o l'altro caso si ravvisi come primitiva occasione offerta ai giureconsulti per dichiarare la nullità o la inefficacia d'una cosiffatta condizione.

impossibili nei testamenti, ibid. p. 36 sgg., ed ha largamente dimostrato lo stesso SCIALOJA, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIV, p. 5 sgg., dopo i dubbi che sulla prima enunciazione del principio avevano sollevato il FADDA, *Traduzione ital. delle Pandette del Windscheid*, I, p. 973 sgg., ed il FERRINI, *Pand.* p. 179 sgg.

[1]) La teoria del SAVIGNY, *Sistema*, III, § 124 è stata in modo decisivo e alla luce dei testi distrutta dal FERRINI, *Legati*, p. 334 sgg. (cfr. anche *Pand.*, p. 181, n. 1) A questa che è la parte negativa della sua dimostrazione e che è certamente esatta, il Ferrini ha voluto aggiungerne una positiva, che non è del pari accettabile, tentando di dimostrare aver la regola romana seguito un ordine e una successione affatto opposti a quelli congetturati dal Savigny. La confutazione della tesi Savigny è naturalmente fatta senza restringere la categoria degli atti *mortis causa* alle quattro specie indicate solo più tardi dal Buonamici e dallo Scialoja.

[2]) Sono le parole dello SCIALOJA, art. cit. in *Bull.* XIV. p. 46. che così appunto si esprime: « In presenza di disposizioni contraddittorie, nelle quali il testatore pare contemporaneamente volere e disvolere, affermare e negare, si dà la preferenza alla disposizione positiva favorevole all'onorato, fondata su quello spirito di liberalità, che pure in tante altre applicazioni (si rammenti per es. il trattamento della *falsa causa*) si ritiene sufficiente a sorreggere la volontà difettosa ».

Digitized by Google

4. Da ultimo, che le condizioni impossibili non solo si distinguono nettamente dalle immorali o turpi, ma si tengono separate anche dalle illegali, tuttochè le une e le altre possano, per un certo aspetto, ricondursi sotto il concetto della impossibilità, considerando siccome impossibilità fisica o giuridica quella della prima categoria, come impossibilità legale quella delle condizioni *contra leges*, e come impossibilità morale quella delle turpi.

Questa triplice distinzione, osservata universalmente dagli scrittori nella dottrina generale delle condizioni [1]), non lo è, almeno con altrettanto rigore, di fronte alla regola sabiniana; per modo che pur da quegli scrittori che, come il Savigny ed il Ferrini, hanno studiato lo sviluppo storico della regola e concluso pel passaggio di essa dalle impossibili alle immorali o viceversa, non se n'è tratto il profitto che, a mio avviso, può e deve trarsene per una più completa e più larga disamina della nostra regola.

Nella indagine sulle origini e la portata della regola sabiniana si è infatti troppo spesso trascurata ogni ricerca intorno al modo, con cui nelle condizioni immorali e in quelle *contra leges* si è venuto applicando il principio, che l'atto *mortis causa* si considera come puro, mentre quello *inter vivos* è annullato. E troppo facilmente si è parlato di passaggio della norma dall'una categoria di condizioni all'altra, dissentendosi solo sull'ordine seguìto dalla giurisprudenza romana, senza giammai porsi in dubbio l'esistenza di uno stretto legame discendente dalla applicazione analogica. Ora è questa premessa che a me sembra inesatta, dacchè ben altro, a giudicare dai testi, fu (s' io non m'inganno), il processo avvenuto nel diritto di Roma.

Il concetto che guidava i Sabiniani a considerar siccome non apposta la condizione impossibile nei legati, nelle istituzioni d'erede e così via, indubbiamente – checchè voglia pensarsi della contesa nata coi Proculeiani e della maggiore o minor giustificazione dell'uno o dell'altro sistema dal punto di vista logico e razionale – era ispirato al proposito di mantenere in quegli atti la parte sostanziale, ossia la disposizione patrimoniale.

[1]) Molto opportunamente lo SCIALOJA nel cit. scritto, loc. cit., p. 31, l'ha richiamata e messa in rilievo, pei fini cui tende quella ricerca, mostrando l'importanza dogmatica ch'essa può avere.

Digitized by Google

Tutt' altro all' incontro fu il pensiero romano rispetto alle condizioni turpi. Qui esso non potè più, da principio, assumere la forma di *protezione* di atti sostanziali che, per clausole aggiunte, sarebbero stati radicalmente nulli, ma dovè assumer quella di *repressione* di atti che, riposando su cause turpi, non avrebbero potuto ottener riconoscimento e sanzione dal diritto, anche quando una tal causa vi si appalesasse soltanto in modo indiretto, col venirvi dedotta sotto condizione. Il principio che qui domina si è, che il diritto non può in alcuna guisa prestarsi in favore d' una volontà determinata in tutto o in parte da una causa immorale, perocchè nulla che sia contro i *boni mores* può dallo Stato ottener giuridico riconoscimento. Il trattamento delle condizioni immorali dovrà dunque, originariamente, essere stato unico ed uniforme, qualunque si fosse la natura dell' atto cui esse erano apposte: la inefficacia del negozio giuridico. E in ciò non vi fu divergenza di scuole o di opinioni, siccome non ve ne fu neppure più tardi allorquando, per intervento del pretore, si cominciò a farne un trattamento più benigno negli atti *mortis causa*.

È noto infatti in che questo benigno trattamento consista: la *condicio turpis* viene rimessa, coll' esonerare l'onorato dall' adempierla, e la disposizione, per effetto della *remissio*, diviene pura. Nè sulla ragionevolezza o sulla opportunità di tale provvedimento vi furono discussioni tra le scuole, come ve n' erano state per le condizioni impossibili. Ma di ciò più innanzi.

Di quello stadio più antico della giurisprudenza non si hanno, in verità, tracce positive nelle nostre fonti. Tuttavia, che tale sia stato il primo contegno del diritto di fronte alle condizioni turpi, deve logicamente desumersi dal trattamento appunto che più tardi se ne fece dal pretore. Perocchè, se la *remissio* potè sorgere come rimedio diretto a mantenere in vigore la disposizione, ciò non potè accadere se non in quanto precedentemente ogni atto accompagnato da condizione turpe fosse inefficace. Occorre però intendersi intorno a quella ch'io chiamo inefficacia. Afferma il Ferrini [1]) che, a quanto risulta dalle fonti, par che degli atti tra vivi la nullità fosse riconosciuta ed ammessa fin dall' antico; degli atti *mortis causa* invece egli dice altrove [2]), che il pretore solesse in tali casi denegare all' onorato l'azione.

[1]) *Pand.* p. 181, n. 1.
[2]) *Legati*, p. 337.

Digitized by Google

Donde si avrebbe già - sebbene da quell' insigne romanista ciò non sia detto in modo esplicito - una prima differenza tra gli atti *inter vivos* e quelli *mortis causa*.

Io non lo penso. Ammettere una originaria *nullità* degli atti *inter vivos* (le fonti parlano invero sempre di *stipulatio*) è esatto solo in quanto per nullità s' intenda non la nullità radicale, ma la inefficacia prodotta dalla *denegatio actionis*, alla stessa guisa di ciò che avviene per gli atti *mortis causa*. È naturale infatti che se l' atto non poteva sortire alcun giuridico effetto a cagion della *turpis causa*, dovesse il magistrato caso per caso indagare se la condizione apposta urtasse contro i *boni mores*: non poteva una norma di diritto precostituita dichiarare, originariamente, la nullità per gli uni, mentre per quelli a causa di morte si sarebbe seguito il sistema della *denegatio actionis*. Fu la *denegatio* appunto il mezzo generale che, da principio, il pretore escogitò per impedire che si agisse in giudizio in virtù d' un atto così condizionato. La prova di questa originaria parità di trattamento si ha dalle fonti stesse; perocchè, se Papiniano in un luogo dichiara che la *stipulatio* con *turpis condicio* è nulla *ab initio*:

> l. 123 D. 45. 1: « *Pap. 1 definitionum* Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet »

lo stesso Papiniano altrove in un altro caso di *stipulatio* accompagnata da condizione che si considera immorale, parla precisamente di *denegatio* dell' azione da parte del pretore:

> l. 71 § 1 D. 35. 1: « *Pap. 17 quaestionum* Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, *praetor actionem denegat*: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum [1]) certa lege invitari ».

Ma più tardi la distinzione tra le due categorie di atti, o per dir meglio tra alcuni determinati atti di quelle categorie, incominciò a farsi. E ciò accadde appunto allorchè, con l' intervento del pretore,

[1]) Deve leggersi con la Vulgata e con l'Alcandro: *ad matrimonium*.

Digitized by Google

si diè inizio a quella più mite giurisprudenza, che volle salva la disposizione sostanziale nell' atto *mortis causa*, come se la condizione non fosse stata apposta

Ora, qui sta precisamente il problema che la scienza romanistica non ha ancor risoluto e che pur merita una speciale indagine per una migliore ricostruzione della teoria romana. In qual modo sorse la benevola eccezione per gli atti *mortis causa*? Nacque essa siccome regola generale, per diretto contrapposto alla norma in vigore negli atti tra vivi, ovvero per determinati atti e di fronte a determinate condizioni? E quale adunque fu il primo atto, quale la prima condizione rimessa?

Un' affermazione pressochè comune a tutti i trattatisti è questa: che la regola sabiniana si applicasse tanto alle condizioni impossibili quanto alle immorali e alle *contra leges*. Nè di questo accomunamento delle tre classi di condizioni si mostra di dubitare anche da chi, come fa il Ferrini, con più precisione scrive che per le condizioni turpi si cominciò col farsene la *remissio* dal pretore; poichè dallo stesso Ferrini, ad esempio, si soggiunge, che più tardi avvenuta con Papiniano la parificazione delle turpi con le impossibili, si giunse al principio generale che quelle si avessero nei testamenti, come queste, *pro non scriptis*.

Che una regola sabiniana anche per le condizioni immorali non abbia mai esistito risulta manifesto da Gaio III, 98 - il solo passo in cui della celebre controversia si faccia cenno - e non ha d'uopo, del resto, di dimostrazione. Ma è altresì inesatto che le fonti romane abbiano giammai parificato le condizioni impossibili alle turpi. Un breve esame dei testi generalmente addotti in sostegno di quella affermazione ce ne darà la prova.

Il principale frammento che dai più s'invoca e a cui anche il Ferrini fa richiamo è quella famosa legge di Papiniano, 15. D. 28. 7, di cui l' ultima parte s'è tramandata a guisa di proverbio nelle scuole per definire gli atti *contra bonos mores*:

« *Pap. 16 quaestionum* Filius qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant,

Digitized by Google

testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ».

La parificazione del concetto di impossibilità a quello di turpitudine, per gli effetti giuridici che il giureconsulto ne trae, si avrebbe una prima volta nella frase 'ac si condicio non esset in eius *potestate*' posta in correlazione col 'quam senatus aut princeps improbant'; una seconda, e più apertamente, nel 'nec facere nos *posse*', in quanto il 'facere' abbia per contenuto un atto *contra bonos mores*.

Io dubito forte che in queste parole sia racchiuso quel pensiero, che comunemente vi si suol leggere. È manifesto innanzi tutto che il *nec posse* ha tutt'altro significato di quello d'una impossibilità fisica: che anzi appunto nella possibilità di compiere atti turpi o illeciti sta la ragione dell'intervento della legge per reprimerli o impedirli. Il giureconsulto si limita, in queste parole, a dichiarare che il diritto non consente si compiano atti in generale contro i buoni costumi.

Si avrebbe dunque la parificazione nella prima parte? Ma chi ne consideri attentamente il contenuto sostanziale, deve convenire che esso mal risponderebbe alle note regole sulle condizioni impossibili, se a queste dovesse venir riferita. Pongasi infatti che con la frase 'ac si condicio non esset in eius potestate' s'intenda richiamare la *condicio quae esse non potest* (ἀδύνατος): e perchè *infirmet*, quando quella avrebbe dovuto considerarsi come non scritta? Logicamente quindi il Ferrini [1]) sospettava di corruzione il passo, e pensava che vi si dicesse piuttosto non avere in tal caso il figlio ragione di far rescindere il testamento paterno, presumendosi, per la cancellazione della *condicio*, pura la istituzione. E con ciò resta affatto incerto che Papiniano si fosse espresso nei termini in cui il testo, malamente raccorciato dai compilatori, oggi ci appare.

Nè al sospetto d'un guasto (e non lieve) mi sembra che il frammento possa sottrarsi, col riferirlo, traendo argomento dalle parole 'in eius potestate' [2]), alle condizioni potestative. Scrive lo Scialoja [3])

[1]) *Legati*, p. 706 ult. capoverso.

[2]) Io aggiungerei alle ragioni del dubbio sulla genuinità anche il curioso ripetersi, a breve distanza, della voce *potestas* usata in sensi tanto diversi.

[3]) Art. cit. p. 37.

Digitized by Google

e aveva già detto il Cuiacio [1]), che Papiniano non s'occupa qui della validità di una condizione apposta alla istituzione d'erede, ma invece della nullità della istituzione di un figlio *suus* sotto una condizione apparentemente potestativa: non potendo la condizione immorale considerarsi come una condizione potestativa, e mancando d'altronde nel testamento la diseredazione sotto la condizione contraria, il figlio si ritiene preterito ed ha perciò il diritto ad impugnare il testamento. Perocchè, se così fosse, rimarrebbe sempre a domandarsi come ciò si ponga d'accordo coll'altro principio – sia esso, o pur no, in rapporti di dipendenza con la regola Sabiniana sulle condizioni impossibili – che le condizioni illecite o immorali si rimettono negli atti *mortis causa* o quanto meno nelle istituzioni. Se la ' condicio, quam senatus aut princeps improbant ' indichi in genere tutte le condizioni turpi o si riferisse, nell'originario libro di Papiniano, ad una determinata condizione riprovata da Senatoconsulti e da costituzioni, non è dato indagare; ma è certo fuor d'ogni dubbio che di turpitudine si parla nel testo, e che pertanto la rilevata contraddizione sarebbe inspiegabile.

Un altro testo è invece invocato dallo Scialcja [2]), che pur chiaramente ha messo in rilievo, riprovandola, la tendenza degli scrittori ad accomunare le condizioni turpi e le impossibili. È questa la

> l. 137 § 6 D. 45. 1: « *Venul. 1 stipulationum* Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset »;

ove con le parole ' vel id facere ei non liceat ' potrebbesi intender fatta allusione alle condizioni immorali. Parmi piuttosto che in esse debbasi vedere una contrapposizione tra la condizione impossibile giuridicamente in modo assoluto (' *omnino* iure impleri non potest ')

[1]) *lib. 16 quaest. Pap. ad h. l.* (*op. omn.* IV, p. 400). Cfr. inoltre Otto, *Thes.* I, p. 672; II, p. 442; Donello, *Comm.* VIII, 32, § 10; Averanio, *Interpr. iur.* I, c. 10, n. 20; e tra i moderni Costa, *Papiniano*, III, p. 45 e 137.

[2]) Loc. cit.

Digitized by Google

e quella che è tale solo in modo relativo ('*id* facere *ei* non liceat'): queste due categorie il giureconsulto parifica alle impossibili fisicamente ('quae natura impossibilis est'). Ma anche a prescinder da ciò, lo stesso Scialoja solleva il dubbio che esse appartengano ai compilatori, i quali 'tendevano ad equiparare la immoralità alla illegalità e alla impossibilità fisica'. Nè, indipendentemente da siffatto rilievo, deve tacersi che il passo si limita ad enunciar la regola per la sola *stipulatio*, e che volendosi ritenerla estesa a tutti gli atti *inter vivos*, sarebbe pur giustificabile in Venuleio una tale dichiarazione, data la identità d'effetti delle condizioni turpi e delle impossibili negli atti tra vivi: il che non accade in quelli *mortis causa*.

Del tutto inopportuna è poi la invocazione di quattro notissimi frammenti di Paolo, Marciano e Modestino. Scrive Paolo trattando della *heredis institutio* nelle

> *Rec. Sent.* III, 4 b 2: « Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris et his similia »

e ripete Marciano con analoghe espressioni, a proposito della eredità e del legato:

> l. 14 D. 28. 7: « *Marc. 4 institutionum* Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve ».

Di condizioni impossibili non vien qui fatto alcun cenno, chè tanto Paolo quanto Marciano vi parlano soltanto delle condizioni illegali (*contra leges*, *c. decreta*, *c. edicta*, *c. quae legis vicem obtinent*) e delle turpi (*contra bonos mores*) [1], parificandole completamente. Tut-

[1] Le parole della l. 14 '*quas praetores improbaverunt*' si riferiscono a tutte le categorie di condizioni che il giureconsulto ha ricordato prima, oppur soltanto all'ultimo membro, all'*huiusmodi*? Se si deve seguire la seconda ipotesi, avremmo oltre alle condizioni *contra bonos mores* anche quelle *quas praetores improbaverunt*, e sarebbe a chiedersi se non si tratti di due categorie distinte. Io non lo

Digitized by Google

t'al più può aggiungersi che la parificazione è estesa anche alle *condiciones derisoriae*, ossia a quelle condizioni che rivelano nel testatore l'animo di schernire l'onorato [1]): ma se la derisione in tanto si ha in quanto all'onorato s'imponga l'obbligo di far cosa ch'egli, per le speciali condizioni in cui si trova, non può compiere, più che il concetto della impossibilità qui domina quello della immoralità [2]), poichè lo scherno degli altri - specialmente se contenuto in un atto che vuol esser sempre seriamente pensato e voluto, come il testamento - è cosa non lecita. Laonde anche le *derisoriae* in questo frammento vanno considerate come una sottospecie della più larga categoria delle condizioni immorali.

Allo stesso Marciano appartiene un altro passo, che peraltro pur non parlando esplicitamente di condizioni [3]), a queste manifestamente si riferisce:

l. 112 § 3 D. 30: «*Marc. 6 institutionum* Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet,

credo, sebbene una soddisfacente spiegazione potrebbe pur darsi, quando non si voglia pensare ad un mero pleonasmo contenuto nella seconda frase. Possono aversi infatti delle condizioni che, pur non essendo apertamente contrarie ai buoni costumi, sono tuttavia tali da non meritare la protezione del diritto; e queste il pretore può riprovare, usando dei più larghi criteri di apprezzamento, che sono inerenti alla sua funzione. Un esempio di siffatte condizioni riprovate dal pretore potrebbe aversi appunto nel frammento di Modestino, riportato qui sopra nel testo.

[1]) Un caso di legato derisorio (non di condizione) può vedersi nella l. 71 pr. D. 30. Cfr. SCHEURL, *Nebenbestimmungen*, p. 293 sgg.

[2]) Non è in opposizione con quanto qui affermo quel che scrissi in altra occasione (*Il 'dies impossibilis' nei contratti e nei testamenti*, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XV, p. 40), e cioè che la condizione derisoria è trattata *analogamente* alla impossibile, dacchè io mi soffermava là soltanto a constatare che quella, come questa, non può apporsi ai testamenti.

[3]) Lo ha rilevato lo SCIOLOJA, art. cit. p. 36, n. 1, osservando che Marciano vi parla in genere di ciò che è scritto nel testamento. Ma è pur chiaro che se dalle condizioni dovesse farsi astrazione, il fr. avrebbe un significato assai più ristretto di quello che dal testo risulta. Una disposizione contraria alle leggi o ai buoni costumi è per se stessa nulla, e sarebbe quindi del tutto inesatto il dire che 'non valet' solo ciò che è 'contra ius vel bonos mores'. D'altro canto il *fieri* indica senza ambiguità che si tratta di cosa che il testatore vuole sia fatta (dall'onorato o anche da un terzo), e poichè il fatto da lui voluto non si può giuridicamente raffigurare se non come una condizione o come un *modus* aggiunti alla istituzione, al legato e così via, non resterebbe a pensarsi che ad un *modus* avente contenuto turpe o illegale. Con che verrebbe a limitarsi senza ragione la portata

Digitized by Google

veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid ».

Ed anche in questo la parificazione è tassativamente fatta tra le condizioni illegali e le turpi.

Viene per ultimo il testo di Modestino:

l. 27 pr. D. 28. 7: « *Mod. 8 responsorum* Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione ' si reliquias eius in mare abiciat ': quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi ».

Prescindiamo dalla seconda parte, che autorizzando la indagine circa la sanità di mente del testatore introduce un elemento forse estraneo all'originaria redazione del passo e un criterio d'interpretazione nuovo pei giuristi classici. Con essa infatti si ammette che se da una ricerca risulti che il testatore non era *compos mentis*, tutto il testamento deve annullarsi; e il dubbio che appartenga a Triboniano, anche per indizi di natura formale, è più che legittimo. Nè mette conto di vedere se anche altri rimaneggiamenti non s'abbiano nella prima parte, ove ad es. colpisce l' ' expellendus *est* ' dopo un ' *paruisset* '. Il testo così com'è non solo non contiene accenni alle condizioni impossibili, ma non parla neppur di condizione turpe o *contra leges*: cosicchè par che piuttosto per considerazione di riguardo al

generale della legge, tanto più quando si rifletta che il fenomeno giuridico del *modus* immorale o *contra leges* ha una importanza molto minore, e che le fonti non ne danno alcun esempio. (I fr. 7 D. 33. 1 e 113 § 5 D. 30 relativi l'uno al pagamento degli alimenti ai figli presso la madre, l'altro a disposizioni circa la sepultura, citati dal SAVIGNY, *Sistema*, III, p. 312. n. *h.*, contengono casi di disposizioni modali soltanto irragionevoli). Vedi del resto su ciò e sullo stretto rapporto che particolarmente lega il *modus* alla *condicio*, pel quale normalmente quello si manifesta sotto la forma di questa, lo SCHEURL, *Nebenbestimmungen*, p. 291-292.

Digitized by Google

cadavere e per rispetto della dignità umana il giureconsulto siasi indotto a dichiarar l'erede non tenuto all'osservanza della condizione.

Maggior peso potrebbe invece avere pei fautori della parificazione un importante testo di Gaio, che normalmente non vien citato dagli scrittori:

> l. 65 (63) § 7 D. 36. 1: « *Gai. 2 fideicommissorum* Si sub condicione heres institutus sit qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire et ita restituere: si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam ab initio visum est: plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem ».

Le difficoltà che solleva questo frammento son varie e di ordine diverso. V'ha innanzi tutto un'aperta contraddizione tra le due parti che lo compongono; chè mentre nella prima si afferma doversi l'erede esonerare dall'osservanza della condizione turpe o difficile, subito dopo si aggiunge (quasi a correggere l'ammessa facoltà del pretore di *remittere*) non potersi da lui concedere più di quello che il testatore ha voluto e doversi ad ogni modo esigere l'adempimento della condizione

Il Cannegieter [1]) e sulle sue orme il Vangerow [2]) propongono di correggere il 'sed *et* remitti eam ab initio visum est' in 'sed *nec* remitti et rel. ». Essi non ammettono cioè, come la maggioranza degli scrittori insegna, che il fiduciario - il quale, se istituito sotto condizione potestativa, può essere obbligato ad adempierla - sia senz'altro liberato quando la condizione potestativa è tale da potersi adempiere solo con difficoltà. Correggendo quindi l'*et* in *ne* danno maggior ragione del *sed*, cui attribuiscono forza avversativa, e pongono d'accordo questa frase con tutto il resto del fr., per modo che Gaio, pur riconoscendo in principio essere iniquo esigere l'adempimento di una tale condizione, negherebbe tuttavia la facoltà di rimetterla.

È d'uopo però convenire che il ripiego escogitato non può sod-

[1]) *Ad Coll. leg. Rom. et Mos.* II. 4.
[2]) *Pand.* II, § 558, Anm. I. p. 549-550

Digitized by Google

disfare. Astrazion fatta dalla perplessità in cui lascia una decisione di tal natura, dopo che dal giureconsulto stesso si è riconosciuta la iniquità del richiedere l'osservanza di una condizione difficilmente osservabile, è a domandarsi se tale soluzione sia esatta anche rispetto alla condizione immorale, che pur Gaio cita per prima; ed è certo che essa è in opposizione con la nota regola, che le condizioni turpi negli atti *mortis causa* vengono rimesse.

A quello stesso criterio si ispira la congettura del Mommsen [1]) che tuttavia la espone in forma dubitativa, e secondo il quale le parole ' ab initio ' sarebbero una lettura corrotta di APR·INICV (a praetore iniquum): Gaio, dopo aver detto ' iniquum est cogi eum explere ' si correggerebbe aggiungendo ' sed et remitti eam a praetore iniquum visum est '. E qui la inaccettabilità della correzione si accresce per quel duplice uso di ' iniquum ' di cui il secondo, tanto inelegantemente, dovrebbe distruggere il primo.

Più ragionevole potrebbe essere invece l'emendamento proposto da Desiderio Heraldo [2]), il quale ritiene che tutto il periodo ' plus enim tribui.. restitui hereditatem ' abbia mutato di posto e debba collocarsi dopo il successivo § 8, così:

> « § 7... aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam ab initio visum est. § 8. Si dandae pecuniae condicio adscripta est heredi, debet ei offerre pecuniam is qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impleta condicione possit adire et restituere. plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem ».

Ma ecco qui sorgere l'altra difficoltà che non consente, come ho accennato, d'invocar questo testo in sostegno della parificazione. Gaio presuppone la *condicio* come affetta da tre distinte qualifiche: la *difficultas*, la *turpitudo*, e un *impendium aliquid*. Nè io voglio occuparmi della terza caratteristica, tanto più che successivamente il giu-

[1]) Nell'ed. maior *ad h. l.*

[2]) Otto, *Thes.* II, p. 1330. — Tralascio altre congetture, come quella di sostituire *absurdum* alle parole *ab initio*, nonchè i tentativi di difesa della lezione comune, tutti del pari inadeguati (cfr. ad es. Otto, *Thes.* IV, p. 19; Fabro, *Coniect.* 6 c. 11, p. 152-153).

Digitized by Google

reconsulto non ne fa più menzione: forse perciò dovevasi leggere *impedimentum aliquid*, col che si avrebbe una esplicazione del contenuto della *difficultas*. Restano la difficoltà e la turpitudine, che come qualifiche della condizione vengono trattate allo stesso modo, mediante la *remissio* della condizione stessa. Donde potrebbe trarsi la conseguenza - se nella *condicio difficilis* si vede una specie delle impossibili - che qui si avrebbe quella parificazione delle condizioni turpi e delle impossibili invano ricercata in altri testi.

Ora una tale deduzione sarebbe apertamente contraria alle norme circa il trattamento delle condizioni impossibili. La regola che le fonti insegnano, e che lo stesso Gaio ripete, è che codeste condizioni nelle istituzioni nei legati ecc. si hanno *pro non scriptis*; giammai si trova fatta eccezione e considerata, rispetto ad esse, la remissione. Gaio invece ricorrerebbe in questo caso, tanto per le condizioni turpi quanto per le impossibili, a quel rimedio che soltanto per le prime venne introdotto e mantenuto. E che dir poi di quel '*ab initio*' che (a prescindere dalle altre condizioni) attesterebbe introdotta per le turpi *fin da principio* la remissione pretoria, quando - come dimostrerò in seguito - essa si venne loro gradatamente applicando con formulazione generale da particolare, qual'era prima, e peculiare ad una determinata condizione?

Ma v' ha di più, e questa è obbiezione radicale. La *condicio* semplicemente difficile non è dai Romani considerata siccome impossibile. Le molteplici e sottili distinzioni che i trattatisti fanno tra condizioni quasi impossibili, condizioni relativamente impossibili (le cosidette *condiciones per suppositionem vel per accidens impossibiles* o *condiciones secundum quid impossibiles*) per quasi impossibilità sia reale sia personale, le condizioni difficili e così via - sebbene alcune sieno basate sui testi - hanno più spesso reso oscuro il significato delle fonti, inviluppando la dottrina in una rete talvolta inestricabile. S' insegna che la *condicio*, quando sia impossibile anche soltanto nel caso concreto, ossia per la persona del promittente o dell'onorato, si considera come assolutamente impossibile e debba quindi annullare l'atto tra vivi, aversi per non scritta in quello *mortis causa*, salva la distinzione, per la *condicio falsa*, tra la impossibilità già esistente prima della formazione del testamento e quella che si verifica dopo. E certamente il principio è esatto, sebbene contro di

Digitized by Google

esso possa addursi - tuttocchè non riferita alle condizioni - la sentenza di Sabino che Venuleio richiama nella

> l. 137 § 5 D. 45 1: « *Venul. 1 stipulationum* Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit »

Ma è altresì certo che se della *condicio* è soltanto difficile l'adempimento, la difficoltà non esonera dall'osservanza della condizione.

Dichiarazioni categoriche in questo senso non si hanno, è vero, nelle fonti. La norma può tuttavia dedursi con sicurezza da altri passi che, pur non riferiti alle condizioni, esprimono il concetto della irrilevanza della difficoltà, agli effetti dello adempimento della obbligazione; primo tra questi il § 4 della citata legge di Venuleio, ove si legge:

> «... quid ergo, si neque domi habet (pecuniam) neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur ..... et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet » et rel.[1]).

Resterebbe a domandarsi allora se la *remissio*, oltre che per le condizioni turpi, siasi talvolta applicata anche alle condizioni difficili; ma la verità è che sul testo di Gaio l'interprete non deve far troppo assegnamento, dacchè pei guasti subìti tutto il suo contenuto è sospetto.

Tolti così di mezzo tutti i testi che potevano dar luogo a discussione, si deve giungere a Giustiniano per trovar parificate le condizioni immorali alle impossibili. I due testi dettati dall'imperatore e contenuti l'uno nelle Istituzioni

> II, 20. 36: «... exceptis his videlicet, quae impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa: huiusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur »

1) Cfr inoltre la vessata l. 4 § 1 D. 40. 7 e su di essa il mio *Dies impossibilis*, *Bull.* cit. p. 38 sgg. e gli autori ivi citati. nonché la l. 4 § 1 D. 28. 5, la quale si esprime così: « Ulp. 4 ad Sabinum *Puto recte generaliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio ac non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec 'Si Alexandriam pervenerit' non esse in arbitrio per hiemis condicionem: potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec 'si decem Titio dederit' esse* IN DIFFICILI, *si Titius peregrinetur longinquo itinere: propter quae ad generalem definitionem recurrendum est.* »

Digitized by Google

l'altro nel Codice

> c. 1 § 1-6. 41: « Quod si aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur »

sono i soli e i primi che ci presentino avvicinati e considerati insieme - nelle disposizioni di ultima volontà - i tre concetti della impossibilità, della turpitudine e della illegalità [1]).

Era adunque al diritto classico ignota quella equiparazione delle condizioni turpi alle impossibili, sulla quale si fonda la congettura del passaggio della nota regola da queste ultime a quelle.

Senonchè taluno potrebbe obbiettare: che la parificazione, sebbene non espressa dai giureconsulti, si ha, implicita, nel modo uniforme con cui e le une e le altre condizioni vengon trattate, richiamandosi a quei fr. nei quali delle condizioni immorali è detto ch'esse si hanno *pro non scriptis* e non già che vengono rimesse. E infatti nei due passi di Paolo (R. S. III, 4 b, 2) e di Marciano (fr. 14 D 28. 7) che, come s'è visto, ci danno esempio di tutt'altro accomunamento di condizioni, riunendo insieme le sole turpi e *contra leges*, si afferma che tali condizioni *pro non scriptis habentur*, ovvero *nullius momenti sunt*, con formulazione identica a quella adoperata per le impossibili.

Alla obbiezione è agevole rispondere: essa scambia il risultato finale dello svolgimento d'una norma con quello che s'afferma essere stato il modo mercè il quale la norma s'è formata. Noi ci troviamo infatti, per le condizioni turpi e le impossibili, di fronte a due distinte e diverse norme, sorte ciascuna indipendentemente dall'altra. Riuscirono esse, è vero, ad incontrarsi nella maggior parte dei casi e pote-

[1]) Potrebbe anche per questi notarsi che Giustiniano non parla proprio di condizioni, ma in genere di cosa impossibile, turpe o illegale aggiunta ai legati (Inst.) o più genericamente al testamento e ai codicilli (Cod.). Però, e per la considerazione fatta più sopra e pel tenore dei due testi è indubitato che ciò debbasi intendere per le condizioni.

Digitized by Google

rono, per tal ragione, apparire come regola unica applicata, per analogia, dall'una all'altra serie di condizioni. Ma la via percorsa, le cause che le produssero, le ragioni invocate a loro sostegno furono sostanzialmente diverse.

Nelle condizioni turpi la eccezione al principio generale che ogni atto da esse affetto fosse nullo, nacque mercè il rimedio della *remissio* pretoria, e originariamente per una sola condizione ed in un solo atto a causa di morte: intendo la *condicio iurisiurandi* apposta alla istituzione d'erede.

Io non trovo presso gli scrittori affermato che questa sia stata la prima condizione immorale a venir rimessa, sebbene dai più non si manchi di porre in rilievo la importanza speciale che in questa materia ha la *condicio iurisiurandi*. Vi accenna però il Costa [1]) scrivendo che le condizioni contrarie al diritto e alla morale venivano rimesse di volta in volta 'ad analogia di quella che si considerava come tipica fra le immorali, la *c. iurisiur.*' E certamente è a ritenersi che tale sia stato lo svolgimento.

Il fatto più notevole che milita a favore di codesta congettura è che soltanto per la *condicio iurisiurandi* il pretore provvide, come attesta Ulpiano [2]), con uno speciale editto [3]), mercè il quale da una precedente *remissio* data volta per volta si passò ad una *remissio*

[1]) *Papiniano*, III, p. 138.

[2]) l. 8 pr. D. 28 7. « Ulp. 50 ad ed. *Quae sub condicione turisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur: providit enim, ne is, qui sub turisiurandi condicione quid accepit, aut omittendo condicionem perderet hereditatem legatumve aut cogeretur turpiter accipiendi condicionem iurare. Voluit ergo eum, cui sub turisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis turisiurandi condicio inseritur, et recte: cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est,* PRAETOR CONSULTISSIME INTERVENIT. *etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur aut non facientes deficerentur condicione.* » — Il fr. deve aver subito forti guasti dalla mano dei compilatori, come osserva il PERNICE, *Labeo*, III[1], p. 50, cui fa impressione, tra l'altro, il '*quibus nulla talis turisiur. cond. inseritur*'. Anche la frase '*aut cogeretur turpiter accipiendi condicionem iurare*' è evidentemente guasta: il MOMMSEN, *ad h. l.* propone: '*aut accipiendo condicionem cogeretur turpiter iurare*'; il PERNICE, op. cit. p. 52, n. 2: '*aut cogeretur turpiter et contra legem se restituturum esse iurare*'.

[3]) Cfr. LENEL-PELTIER, *Edit. perp.* II, § 166, p. 89.

Digitized by Google

generale [1]). Perocchè un tal fatto, oltre a mostrar la singolare importanza assunta dall'istituto della *remissio*, e ad attestare la frequenza dell'uso presso i testatori di imporre agli onorati la condizione del giuramento, è segno non dubbio che qui primieramente si svolse l'opera del pretore, onde sull'esempio di quella prima *remissio* si modellarono - sebbene non si trasformassero mai in remissioni generali - quelle delle altre condizioni turpi.

In qual tempo codesto editto sia sorto è incerto. Tracce della *remissio* concessa caso per caso si hanno in Cicerone [2]), donde si deve per necessità inferire che al suo tempo ancor l'editto non fosse nato [3]). Nè par che lo conoscesse Labeone, come il Ferrini ritiene [4]), mentre lo presuppone Proculo [5]). Ad ogni modo esso rimonta al principio dell'impero. Ora nessuno dei testi che danno notizia della *remissio* delle altre condizioni turpi ci fa risalire tanto indietro.

Ma se questa prova negativa può apparir non completa, io credo che un frammento di Marcello la dia in modo positivo. Il passo appartiene al libro 10 de' suoi digesti, in cui si tratta del testamento militare:

> l. 29 § 2 D. 29. 1: « Edictum praetoris, quo iusiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis, sicut etiam in fideicommissis: *idemque si turpis esset condicio* ».

[1]) l. 8 § 8 eod. « *De hoc iureiurando remittendo non est necesse adire praetorem:* SEMEL *enim* IN PERPETUUM *a praetore remissum est nec per singulos remittendum.* »

[2]) *In Verr.* 2. 47. 123.

[3]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, III [1], p. 48. n. 3: FERRINI, *Legati*, p. 349.

[4]) Op. cit. loc. cit.

[5]) Ciò ha dimostrato il PERNICE, *Labeo*, III [1], p. 50-51, che ha meglio interpretato la l. 62 pr. D. 29. 2 di lavoleno: « *Antistius Labeo ait, si ita institutus sit 'si iuraverit, heres esto' quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur. ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit: Proculus idem, eoque iure utimur.* » Il Ferrini osservava che Labeone 'non crede di dover trattare questa condizione (ove l'onorato abbia volontariamente giurato) alla stregua delle altre'. Il Pernice invece nota che il considerar Labeone come non sufficiente *pro herede gestio* la prestazione del giuramento si spiega soltanto se si suppone ch'egli ritenesse siccome necessario l'adempimento della condizione; viceversa poichè, secondo Proculo, nella prestazione del giuramento devesi riconoscere la volontà di diventare erede, è manifesto che ciò non può derivare se non dal fatto che tale prestazione non è richiesta.

Digitized by Google

La estensione della *remissio* dalla *cond. iurisiur.* alle altre condizioni immorali è fatta, invero, da Marcello limitatamente al testamento militare: ma da codesta estensione appunto nel caso speciale del *test. mil.*, che secondo il giureconsulto va trattato come tutti gli altri testamenti, è lecito dedurre che analogo sia stato lo svolgimento della regola qui applicata. In altri termini, *ad analogia* di quel che sarebbe avvenuto nei testamenti comuni, anche nel testamento militare si incominciò col rimettere la *cond. iurisiur.* per giungersi alla remissione di ogni altra condizione immorale.

E la *remissio* si accordò da prima soltanto nelle istituzioni, cui era limitato l'editto [1]), poi per benigna interpretazione della giurisprudenza nei legati, nei fedecommessi [2]) e da ultimo nelle donazioni a causa di morte [3]).

Ciò posto, qual'è il valore che devesi attribuire alle frasi *pro non scriptis habentur, nullius sunt momenti*, che Paolo e Marciano adoperano per le condizioni immorali? Significano forse esse che, per attrazione delle condizioni impossibili, cessasse per le turpi il rimedio della *remissio*, subentrandovi la norma generale e fissa delle impossibili?

Tutt'altro. E un testo dello stesso Marciano lo dimostra. Che per la *condicio iurisiurandi* si ricorresse alla *remissio* pretoria s'è visto or ora. Nè il criterio mutò, dopochè con l'editto il pretore ebbe concessa la remissione in via generale. Ora Marciano nella

> l. 112 § 4 D. 30: « *l. 6 institutionum* Divi Severus et Antoninus rescripserunt iusiurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti »

[1]) Così giustamente ritiene pure il PERNICE, *Labeo*, III[1], p. 49-50, che traendo argomento dalla l. 8 § 1 D. 28. 7. ove Ulpiano dice che l'editto si applica *anche* ai legati ('*hoc edictum* ETIAM *ad legata pertinet*, NON TANTUM *ad heredum institutionem*), intende a ragione l'*anche* come una estensione dovuta all'opera della giurisprudenza. Più evidente è, per fermo, il concetto della estensione nei fedecommessi (l. 8 § 2: *in fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommisso cognoscunt, subsequi praetoris edictum eapropter, quia vice legatorum fungunturi*) e nelle donazioni a causa di morte (l. 8 § 3: *et in mortis causa donationibus dicendum est edicto locum esse, si forte quis caverit, nisi turasset se aliquid facturum, restituturum quod accepit: oportebit itaque remitti cautionem*). Ma non per ciò può dubitarsi che l'editto sia nato solo per le istituzioni.

[2]) Cfr. l. 8 § 2 cit.

[3]) Cfr. l. 8 § 3 cit.

Digitized by Google

usa per la *cond iurisiur.* (anche qui il riferimento alla condizione è evidente, sebbene non di *condicio iurisiur.* ma di solo *iusiurandum* parli il testo) quella medesima locuzione '*nullius esse momenti*' che nel testo di Paolo è adoperata per le condizioni turpi in generale: e con ciò egli non volle certo intendere che la *cond. iurisiur.* si dovesse togliere dal testamento come era uso per le condizioni impossibili.

Quelle locuzioni non hanno adunque un valor decisivo: esse stanno soltanto a denotare che la remissione, allargandosi a grado a grado dall'una all'altra condizione turpe, era omai divenuta un rimedio quasi generale, cosicchè per esso si potesse affermare che tutte le condizioni *contra bonos mores* dovevansi considerare come non apposte. La *remissio* continuò pertanto a mantenersi come rimedio speciale per tali condizioni anche dopo che la regola ebbe, per le impossibili, trionfato della teoria contraria dei Proculeiani; tanto che dopo Marcello:

> l. 20 D. 35. 1: « *ap. Iul. 27 digestorum* Non dubitamus, quin turpes condiciones *remittendae sunt*: quo in numero plerumque sunt etiam iurisiurandi »

lo stesso Paolo poteva ripetere:

> l. 9 D. 28. 7: « *45 ad edictum* Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, *remittendae sunt*, veluti 'si ab hostibus patrem suum non redemerit', 'si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit' ».

Questo punto occorreva porre nettamente in rilievo, perocchè dalla diversità della norma e della origine di essa discende la diversità di trattamento che nei testi è fatta alle condizioni turpi, sia considerate singolarmente le une rispetto alle altre, sia poste tutte insieme a raffronto delle condizioni impossibili.

Gli ultimi risultati cui la critica è pervenuta circa le condizioni impossibili si riassumono, in sostanza, in ciò: che la regola della cancellazione si applica alle disposizioni *mortis causa* aventi un conte-

Digitized by Google

nuto patrimoniale positivo, o se si vuol essere più esatti (dacchè la *manumissio* potrebbe sembrarne esclusa) alle disposizioni dirette ad arrecare un beneficio all'onorato, in guisa che, tolta la condizione, fosse reso possibile all'onorato l'acquisto in forza del testamento.

Ora se alcuna influenza avesse la regola sabiniana esercitato sulle condizioni turpi, e anche solo indirettamente, sarebbe stato logico aspettarsi un uguale trattamento anche in queste, o quanto meno un trattamento ispirato allo stesso principio, di voler cioè salva la disposizione patrimoniale favorevole all'onorato. All'incontro le condizioni turpi si comportano in modo non solo indipendente, ma per più d'un caso in opposizione a quel principio: talchè mentre l'acquisto è normalmente salvato con la *remissio* della condizione, esso è nullo se ad es. la condizione apposta è captatoria; e viceversa, mentre per ogni altra disposizione il giuramento è rimesso, per la manumissione dello schiavo l'adempierla è indispensabile per l'acquisto della libertà; e così via.

Queste diversità che mal si concilierebbero con una applicazione analogica della *stessa* norma, si spiegano pienamente quando si pensi al diverso concetto che delle condizioni turpi ed impossibili ebbero i giureconsulti, e alle vie diverse seguìte nel trattarle.

Ma qui conviene, prima di proseguire, rendersi più esatto conto del trattamento che il diritto romano faceva alle condizioni *contra leges*.

Generalmente la figura di queste condizioni si suol ricondurre or sotto quella delle impossibili or sotto quella delle immorali, secondo che più si ponga in rilievo la *impossibilità* giuridica che non ne consente l'adempimento (donde la loro denominazione di condizioni giuridicamente impossibili), ovvero la illiceità del medesimo (donde l'accomunamento con le immorali e la designazione complessiva di condizioni illecite). Dalle fonti invece la distinzione risulta fatta, nonostante che spesso i giureconsulti vi parlino insieme e delle immorali e delle *contra leges*. E la distinzione è, del resto, del tutto logica: poichè non è già vero ciò che scriveva il Savigny [1]), a giustificare il raggruppamento sotto unica categoria delle condizioni contrarie al diritto e di quelle contrarie alla morale, ossia che ciò che è contrario al di-

[1]) *Sistema*, III, § 122, p. 228.

Digitized by Google

ritto è sempre contrario alla morale. Certamente nella maggior parte dei casi la doppia riprovazione del diritto e della morale andrà unita. Ma appunto perciò non deve farsi ricorso a quelle condizioni, ove rimane più dubbio se la riprovazione del loro contenuto provenga piuttosto da disposizioni legali che non dai *boni mores*, come potrebbe dirsi ad es. della condizione di non maritarsi, la quale in tanto fu riprovata dalla legge Iulia e Papia Poppea in quanto, oltre che per se stessa contraria ai fini della società, anche la morale la condannava: cosicchè qui sarebbe affatto impossibile distinguere la immoralità dalla illegalità. Possono invece ben darsi condizioni che vanno contro disposizioni formali del diritto, e non aver per ciò solo alcun contenuto immorale: e qni la distinzione s'impone.

La definizione di esse è stata nitidamente data dallo Scialoja nel citato scritto: sono contrarie alla legge quelle condizioni il cui contenuto tende a violare direttamente o indirettamente un comando o un divieto legale, sia che si tratti di legge, ovvero di senatoconsulti, di editti e di disposizioni in genere *quae legis vicem obtinent.*

Ora il trattamento fatto a codeste condizioni è identico a quello delle condizioni turpi: come la condizione immorale, così quella illegale non può ottener giuridico riconoscimento e per tal motivo si rimette.

Sotto questa categoria appunto si deve ricondurre il caso esaminato da Pomponio nella

> l. 7 D. 28. 7: « *Pomp. 5 ad Sabinum* Si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento reddituros, *placet remitti* eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere ».

Lo svolgimento fu anche qui, come per le turpi, graduale e d'interpretazione: perocchè non una norma generale ed immutabile sorse fin da principio, che disponesse la remissione di tutte le condizioni contrarie al diritto, ma l'esame dei singoli casi decise. Il che è chiaramente dimostrato da un fr. di Ulpiano, relativo al legato dato al pupillo sotto la condizione 'si tutores non habuerit':

> l. 2 § 44 D. 38 17: « *Ulp. 13 ad Sabinum* Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum 'si tutores non habuerit' et propterea ei mater non petierit, ne con-

Digitized by Google

dicione deficeretur, an constitutio cesset. et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati. quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum: et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato. nisi forte quis putet condicionem hanc *quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque*: aut verba cavillatus imputaverit matri, cur curatores non petierit. finge autem plenius condicionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum? aut hoc imputatur matri, cur non desideravit a principe condicionem remitti? et puto non esse imputandum ».

La frase '*si damnum minus sit cumulo legati*' è certamente interpolata, come ha dimostrato il Gradenwitz [1]). E forse altre corruzioni tribonianee contiene il testo. La *condicio* qui era rimessa per benigna interpretazione della giurisprudenza, siccome contraria alla *publica utilitas*, alla stessa guisa di altre condizioni: con le quali ultime parole, evidentemente, si allude non a condizioni contrarie ai buoni costumi o alla morale, ma piuttosto all'ordinamento pubblico, al diritto. Nè è meno notevole che la remissione, nel caso prospettato dal giureconsulto, si sarebbe dovuta impetrare dall'imperatore.

Il rimedio per le condizioni illegali fu adunque quello stesso adoperato nelle turpi, e ciò spiega perchè sovente i giureconsulti romani trattino insieme delle une e delle altre.

Tornando ora a quanto abbiamo innanzi osservato, se si considerano complessivamente le condizioni turpi e le illegali apposte agli atti *mortis causa*, si rileva che il trattamento non è punto uniforme, quale avrebbe dovuto essere se una originaria regola generale ne avesse disposto la remissione. Infatti:

a) mentre la maggior parte di tali condizioni vengono rimesse e l'atto *mortis causa* è valido, alcune producono effetto contrario, come accade con la *condicio captatoria* [2]) che rende nullo l'atto a

[1]) *Interpolationen*, p 75; cfr. LENEL, *Paling.* Ulp. 2523.

[2]) l. (71)70 D. 28. 5: « Pap. 6 respons. *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis* »; l. 64 D. 30: « Gai 15 ad ed. prov. *Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent* »; cfr. l. 71 D. 28. 5, *Paul 5 ad l. Iul. et Pap.*; l. 29 eod., *Pomp. 5 ad Sab.*; l. 81 § 1 eod., *Paul. 9 quaest.*; l. 20 § 2 eod., *Labeo 2 poster. a Iavoleno*: l. 1 D. 31. 8, *Iul. 78 digest.* ecc.

Digitized by Google

causa di morte al pari che l'atto tra vivi, e, nei *legata poenae nomine*, con la condizione che l'onerato compia un atto immorale, la quale non si rimetteva essendo nullo il legato stesso (perchè nulli tutti i *poenae nomine relicta* nel diritto classico, [1]), per cagione della turpitudine nel giustinianeo);

b) in altri casi invece la *condicio*, tuttochè per se stessa dovrebbe considerarsi immorale, non è rimessa, senza produrre tuttavia la nullità della disposizione: così nella *condicio iurisiurandi* aggiunta alla manomissione dello schiavo [2]) o imposta ai municipii [3]), così nella *promissio iurata liberti* [4]);

c) quanto al modo di rimetterle, mentre la maggior parte lo sono dal pretore e volta per volta, qualcuna lo è da lui stesso, ma in forma generale e con uno speciale editto (*condicio iurisiurandi*), qualche altra dal principe;

d) e finalmente v'hanno condizioni che, contrarie al diritto e alla morale, non vengono rimesse nè annullano la disposizione testamentaria, ma sono esse stesse dichiarate nulle dalla legge: tali le condizioni, che vietavano le nozze alle donne, cui per interpretazione successiva della giurisprudenza vennero assimilate tutte le altre con-

[1]) Cfr. Gai II, 235, 236, 243, 288; Ulp. Reg. 24, 17; 25, 13; l. 1 e 2 D. 34. 6; l. 12 D 35. 1. Il divieto cadde, com'è noto, con Giustiniano: § 36 I. 2. 20, c. un. 6. 41.

[2]) l. 12 pr. D. 40. 4: « Ulp. 50 ad ed. *Si quis libertatem sub iurisiurandi condictione reliquerit, edicto praetoris locus non erit, ut iurisiurandi condicio remittatur, et merito: nam si quis remiserit conditionem libertatis, ipsam libertatem impedit, dum competere aliter non potest, quam si paritum fuerit conditioni.* » Cfr. i segg. §§ della legge, nonchè l. 36 eod., *Paul. 7 ad Plautium* e l. 13 § 3 D. 40. 7, *Iul. 43 digest.*

[3]) Il fr. di Paolo 97 D. 35. 1: « 2 ad Neratium *Municipibus, si iurassent, legatum est. haec condicio non est impossibilis.* PAULUS. *quemadmodum ergo pareri potest per eos? itaque iurabunt, per quos municipii res geruntur* », potrebbe a prima giunta far pensare ad un ravvicinamento della *cond. iur.*, che è indubbiamente una condizione turpe, alle condizioni impossibili. Ma la frase '*haec condicio non est impossibilis*' esprime ben altro concetto e risponde alla obbiezione che taluno avrebbe potuto muovere, di *non potersi* cioè adempiere una tale condizione da un municipio, perchè per giurare occorre una persona fisica.

[4]) l. 7 § 1 D. 38. 1: « Ulp. 28 ad Sab. *Plane quaeritur, si quis liberto suo legaverit, si filio suo iuraverit se decem operarum nomine praestaturum, an obligetur iurando. et Celsus Iuventius obligari eum ait parvique referre, quam ob causam de operis libertus iuraverit: et ego Celso adquiesco.* »

Digitized by Google

trarie al matrimonio e in genere alla libertà di contrarre o sciogliere le nozze [1]).

Il punto che maggiormente qui viene in rilievo è quello che si attiene alle citate due condizioni immorali, la captatoria e la turpe nei *poenae nomine relicta*, che rendono nulla la disposizione di ultima volontà, senza alcuna diversità di trattamento da quello fatto agli atti tra vivi. Da esse risulta, a mio avviso, che la ragione della remissione delle condizioni turpi o illegali non fu punto quella stessa della cancellazione nelle impossibili. E invero, se la causa si dovesse ricercare nello intento di voler salva la disposizione patrimoniale favorevole all' onorato, i due casi suddetti rappresenterebbero una così notevole deviazione dalla norma, da non trovar giustificazione. Perchè non si sarebbe anche qui, come con tutte le altre condizioni riprovate dal diritto o dalla morale, esonerato dall' osservanza colui cui la condizione illecita era imposta e fatto salvo così il contenuto positivo della disposizione? Al postutto, quale differenza corre dal lato della immoralità tra una istituzione sotto condizione captatoria ed un legato elargito sotto la condizione che il legatario commetta un reato, a parte la maggiore o minor turpitudine dell' atto dedotto in condizione?

Generalmente di codesta diversità di trattamento non si suol fare gran caso: chè mentre per la *condicio turpis* aggiunta al legato *poenaè nomine* la nullità del legato si riconduce senz' altro alla nullità comminata dal diritto classico a tutti i *legata* lasciati *poenae causa*, per la *condicio captatoria* si fa richiamo al Senatoconsulto che dichiarò inefficace qualunque disposizione captatoria. E i richiami non son certo errati, ma non contengono alcuna spiegazione. Tendono invece piuttosto a far scomparire la figura della condizione, che in tali disposizioni si ha, e a porre così la ragione della diversità del trattamento nel fatto che tanto nel primo quanto nel secondo caso si ha più che una disposizione condizionata immoralmente, una disposizione nel suo insieme viziata. E ciò non è precisamente esatto, pe-

[1]) I testi sull' argomento sono numerosissimi: i principali sono l. 22 D. 35. 1, *Iul. 35 digest.*; l. 72 § 5 eod., *Pap. 18 quaest.*; l. 74 eod. *Pap. 32 quaest.*; l. 77 § 2 eod., *Pap. 7 respons.*; l. 79 § 4 eod., *Pap. 1 defin.*; l. 100 eod. *Pap. ib.*; l. 62 § 2 eod., *Terent. 4 ad leg. Iul. et Pap.*; l. 63 eod., *Gaj. 3 ad leg. Iul. et Pap.*; l. 64 § 1 eod., *Terent. 5 ad leg. Iul. et Pap.* — Sulla primitiva applicazione della legge Giulia e Papia Poppea alle donne, cfr. FERRINI, *Legati*, p. 315.

Digitized by Google

rocchè la natura *condizionata* della disposizione è il carattere proprio di tali disposizioni.

Per la captatoria non accade, è vero, di trovar nelle fonti (o almeno nei digesti) la locuzione *condicio captatoria*: invece vi si parla costantemente di 'captatoriae institutiones' (Pap. l. 71 (70) D. 28. 5, Paul. l. 72 (71) e l. 82 (81) D. eod.) o di 'captatoriae scripturae' (Gai. l. 64 D. 30). Ma che la condizione – e una condizione immorale – sia insita in esse è intuitivo. Parla di *condicio* il cit. fr. 71 (70) di Papiniano: '...sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis', e senza dubbio di condizione *contra bonos mores* la l. 61 D. 45. 1 di Giuliano:

> « Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, qui contra bonos mores est haec stipulatio ».

Nei *poenae nomine relicta* il carattere essenziale, donde appunto il diritto classico fu spinto a dichiararne la nullità, è quello della pena inflitta all'erede, il che è contrario al legato, che vuol esser disposto per benevolenza verso l'onorato, non in odio del gravato. E questo carattere non cessa d'avere il predominio anche quando la disposizione si conforma condizionatamente ed il legato vi è lasciato siccome pena dell'adempimento o dell'inadempimento della condizione. Ma la condizione non per ciò solo perde ogni sua importanza: essa viene in considerazione e può a tal punto influire sulla natura stessa del legato, da modificarne le ultime conseguenze, mantenendo siccome valido il legato, se meno apparisce l'animo di infliggere una pena all'erede che quello di volere l'adempimento della condizione. In tal caso sarà una questione di fatto, che si risolverà mercè la ricerca della volontà del testatore, come insegna Marciano:

> l. 2 D. 31. 6: « *Marc. 6 institutionum* Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet: idque divi Severus et Antoninus rescripserunt ».

Ora, se la condizione aggiunta ad un siffatto legato importava un atto turpe da parte dell'onerato, quale ne era la sorte nel diritto classico? Il legato – si dice – era nullo pel divieto dei *poenae nomine relicta*. Ma fu dunque valido – *remissa condicione* – sotto Giustiniano,

Digitized by Google

allorchè questi tolse il divieto e con la c. 1 C. 6. 41 dichiarò di voler soprattutto rispettata la volontà del defunto?

Questo affermano alcuni scrittori, tra gli altri l'Arndts[1]) e sulle sue orme il Ferrini,[2]) senza dir tuttavia se la *condicio* fosse o pur non rimessa. L'affermazione però riposa su un equivoco.[3]) E invero l'imperatore, pur disposto a riconoscere i legati *poenae nomine* comunque formulati - è il concetto della *poena* ch'egli dichiara non influente, di fronte alla disposizione testamentaria - pone un limite a tale convalidazione, negandola rigorosamente alle disposizioni sotto condizione impossibile, illegale o turpe. Il che risulta chiaramente da quel § 36 delle sue Istituzioni (II, 20), in cui l'accomunamento delle condizioni impossibili, illegali e turpi è fatto appunto perchè queste costituiscono una eccezione al nuovo principio.

Così soltanto si spiega la ragione della interpolazione che presenta un testo notevole di Africano, la

> l. 1 D. 34. 6: « *Afric. libro*[4]) *quaestionum* Filio familias vel servo herede instituto etiam si in patris dominive poenam illicite vel probrose datum est, nullius momenti legatum esse respondit: non enim id solum, quod in heredes (heredis, *Hal*), sed omne, quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis talem poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum ».

Che le parole *illicite vel probrose* appartengano a Triboniano rilevò già il Cuiacio[5]) ed ha confermato il Lenel.[6]) Il passo originariamente (se altre alterazioni, come credo, non vi sono) limitavasi ad affermare la nullità del fedecommesso *poenae nomine*, anche se la pena fosse diretta contro il padre o il padrone dell' erede istituito.

[1]) *Civil. Schriften*, I, p. 34.

[2]) *Legati*, p. 331.

[3]) Gia lo SCIALOJA, *Note minime* in *Bull. dell' Ist. d. dir. rom.* VIII, p. 57 aveva del resto osservato come gli scrittori non sien sempre corretti nella teoria dei legati *poenae nomine*.

[4]) I mss. delle pandette non danno la indicazione del libro delle *quaestiones* cui il fr. appartiene. Il LENEL, *Paling.* n. 122 opina che potesse essere il quinto, ove incomincia la materia dei legati e dei fedecommessi.

[5]) Ad Afr. V ad h. l. (op. omn. I, p. 1339). Alla stessa mano egli attribuì anche il *talem*.

[6]) *Paling.* loc. cit.

Digitized by Google

Caduto il divieto, non restava, per potersi inserire nei digesti il frammento, che imprimergli il significato di eccezione alla regola nuova, adattandolo in guisa da confermar la regola: e ciò fu eseguito incastrandovi due sole parole, che dovevan servire di richiamo alla recente costituzione dell' imperatore.

Pertanto, anche nel nuovo diritto il legato penale con condizione turpe fu nullo; ma non più pel precedente divieto, sibbene per la presenza della *turpis condicio*, che neppur qui venne rimessa onde far salva (e ciò sarebbe stato pienamente rispondente alle intenzioni dell' innovatore) la disposizione patrimoniale.

Queste considerazioni ci autorizzano a ritenere che la *remissio* delle condizioni turpi e illegali non fu certo ispirata dalla intenzione di salvare la disposizione patrimoniale negli atti *mortis causa*; e che mentre in ciò può ben ravvisarsi la ragione del cancellamento delle condizioni impossibili, tale non può essere quella delle condizioni da noi prese in esame.

Ma ancora un' altra e più importante conseguenza se ne deve trarre, e cioè che neppur qui, come nelle impossibili, il diritto romano dettò una regola generale secondo la quale le condizioni illecite si dovessero rimettere negli atti a causa di morte, annullassero il negozio se tra vivi.

Chi osservi nel loro insieme i modi con cui son trattate le condizioni impossibili e le illecite, e prescinda dalle deviazioni notate per queste ultime, dirà invero che la disparità di trattamento tra gli atti *inter vivos* e quelli *mortis causa* sia più giustificata nelle condizioni illecite che non nelle impossibili. Di fronte a queste infatti resta pur sempre aperta la via a domandarsi perchè, in presenza di una condizione che denota nell'animo di colui che l'appone una contraddizione e quasi una instabilità del volere, siasi per gli atti tra vivi ammesso che la volontà non fosse perfetta, in quelli a causa di morte dato invece la prevalenza alla volontà e tolta la perplessità in cui si è messi dalla condizione impossibile, col cancellare la condizione stessa. Nelle immorali e illegali per contro il trattamento diverso troverebbe la sua giustificazione in ciò, che mentre per gli atti tra vivi le parti son tutte partecipi del fine turpe o illegale cui l'atto tende, per quelli a causa di morte il fine illecito è voluto dal disponente soltanto, non anche dall'onorato; laonde se nel primo caso la causa turpe impe-

Digitized by Google

disce che al negozio il diritto dia riconoscimento coll'accordarne le azioni relative, nel secondo parve naturale che – o per punire il testatore della sua prava intenzione, o anche, indipendentemente da questo concetto, soltanto perchè di quella prava intenzione non dovesse subire il danno l'onorato, che non ne era partecipe – la clausola turpe o illegale non dovesse avere effetto alcuno.

Questa spiegazione, che apparisce come la più soddisfacente, e alla quale si riconducono più o meno tutte le altre escogitate con più lievi o più accentuate sfumature di concetti, dà anche ragione del perchè il Savigny ricorresse al rimedio d'immaginare la norma siccome sorta primieramente nelle condizioni immorali e poi, per analogia, estesa alle impossibili. È la *causa* del negozio quella cui si fa richiamo: causa, che nei contratti risiede tutta nella condizione, ossia nell'atto turpe in essa dedotto, per modo che se la condizione si cancellasse, il negozio stesso rimarrebbe senza causa e con questo in più, che si darebbe un beneficio a chi della turpitudine fu partecipe. Nei testamenti invece la causa, ossia il motivo fondamentale, è la disposizione del patrimonio, di fronte alla quale ha meno importanza la intenzione di raggiungere un fine immorale.

Ma contro queste ragioni stanno pur sempre – se unica fu la regola – quelle eccezioni, che non pur nel diritto classico, ma anche nel giustinianeo si mantennero.

Tutto invece si spiega, se si tenga conto da un lato che la *remissio* sorse per opera del pretore e per casi singoli nè si trasformò mai in una regola generale ed assoluta, restando sempre all'apprezzamento del magistrato il vagliarne la opportunità; dall'altro lato che la prima *remissio* fu accordata soltanto nella istituzione d'erede, e se piuttosto che al concetto della disposizione del patrimonio si faccia ricorso al diverso contenuto e significato che la *istitutio* ebbe in antico e conservò per lungo tempo.

La vecchia dottrina che nelle disposizioni testamentarie non vedeva altra finalità se non quella d'una distribuzione del patrimonio e nella successione dell'erede null'altro se non un passaggio delle sostanze dal defunto al chiamato, non s'è da ora riconosciuta fallace. La nomina dell'erede – lo ha dimostrato lucidamente il Bonfante [1]) –

[1]) *L'origine dell' 'hereditas' e dei 'legata' nel diritto successorio romano* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* IV, p. 97 sgg.; cfr. LO STESSO ib. I, p. 249.

Digitized by Google

aveva importanza sociale, pel trapasso dei poteri familiari, e religiosa insieme, per quello dei *sacra*: il patrimonio, null'altro che un accessorio, seguiva le sorti di quelli.

Ora s' immagini una istituzione d'erede fatta sotto condizione immorale. La naturale conseguenza che la causa turpe doveva produrre – e in uno stadio più antico essa fu certamente generale per tutti gli atti giuridici – era la inevitabile e assoluta nullità del testamento. Di fronte a tale effetto, che poteva privare il defunto di un successore, l' intervento del pretore dovè manifestarsi per tempo: a render salva la nomina dell' erede egli stimò opportuno far eccezione a quel principio generale e mantenere in piedi la nomina, esonerando l'erede dall' osservanza della condizione. La *remissio* fu introdotta dunque come deroga ad una norma assoluta e generale, che rendeva nullo ogni atto viziato di turpitudine, e la deroga parve ben giustificata in confronto della importanza che la istituzione dell' erede aveva.

Ma, come accade d' ogni eccezione, anche questa a poco a poco si venne estendendo ed allargando, fino al punto da apparire essa stessa come una norma a sè e contrapposta alla regola originaria. Ammessa la *remissio* nella istituzione d' erede, fu facile applicarla ben presto ai legati, e poi per la stretta connessione ai fedecommessi. La stessa *institutio*, perduto il primitivo carattere e divenuta di fatto una semplice disposizione del patrimonio, finì con l'aver comune ai legati e ai fedecommessi il novello carattere.

La deroga, così allargata e uscita dal campo in cui era sorta come opportuno rimedio contro una funesta nullità del testamento, perdè la sua prima giustificazione.

Ma ricondotta alla sua origine, essa diventa pienamente giustificata: e si comprende anche perchè nella *condicio captatoria* il sistema seguìto fosse del tutto diverso. Qual sia il tempo in cui fu emanato il Senatoconsulto che dichiarò nulle le disposizioni captatorie è impossibile stabilire allo stato delle nostre fonti.[1]) Sembra tuttavia ch' esso rimonti ad epoca abbastanza antica, se Labeone già s' occupava di cosiffatte disposizioni, escludendo la nullità in un determinato caso in cui la *condicio* era *in praeteritum* (l. 29 D. 28. 5). E certo al tempo in cui il Senatoconsulto sorse, la *institutio*

[1]) BYNKERSCHOEK, *De capt. ist.* c. 1 (opusc. III, p. 303 sgg.).

Digitized by Google

heredis non aveva ancora del tutto perduto quel suo prisco carattere, che provocò la *remissio* della condizione immorale. Ora la *condicio captatoria*, come quella che rivelava nel testatore l'animo unicamente diretto a fini prettamente patrimoniali e per di più riprovevoli, doveva di per se stessa escludere il benigno intervento del pretore. E poichè già questo erasi manifestato in favore delle istituzioni per altre clausole immorali, s'ebbe necessità di pronunciare espressamente la nullità della istituzione così condizionata. Del che si può vedere una conferma nel fatto che la nullità fu dapprima dichiarata per le sole istituzioni d'erede (*captatoriae* INSTITUTIONES, l. 70 e 71 D. 28. 5; *testator* HEREDEM *instituit*: l. 20 § 2, 29, 81 § 1 D. *eod.*, l. 1 D 34. 8) e poi estesa per interpretazione ai legati (l. 64 D. 30). [1])

Passata la *remissio* ai legati e ai fedecommessi e perduto il suo primo motivo, essa potè subir l'influenza di altri motivi, che ne modificarono l'applicazione, come accadde nei legati *poenae nomine* con condizione turpe, che pur all'epoca di Giustiniano furono nulli, e nel contempo apparire come norma generale e inderogabile.

ROBERTO DE RUGGIERO.

[1]) Cfr. FERRINI, *Legati*, p. 351.

Digitized by Google

FRAMMENTI DI UN LIBRO CATASTALE

SCOPERTI IN UN PAPIRO GRECO D'EGITTO

L'ordinamento della proprietà fondiaria in Egitto, che già le numerose e svariate notizie contenute in molti papiri grego-egizi ci avevano fatto conoscere con sufficiente abbondanza di particolari, [1]) ha ricevuto testè nuova luce dalla pubblicazione di un interessante documento, che inaugura una novella collezione di papiri, quella della Biblioteca Reale di Bruxelles. Col titolo *Papyrus Bruxellensis I - Papyrus inédit de la Bibliothèque royale de Bruxelles*, Fernand Mayence e Seymour de Ricci, già per altre opere benemeriti di questi studî, pubblicano nel *Musée belge* (vol. VIII, 1904, p. 101-117) un lungo papiro, contenente una lista di divisioni catastali (σφραγῖδες) con la indicazione della superficie totale e dei loro confini, della natura delle terre, di quel che esse contengono e delle contribuzioni in natura di cui sono gravate.

Il papiro, comperato dal Capart al Cairo e proveniente dai dintorni di Dimeh, contiene undici colonne, delle quali non è conservata che la parte inferiore di ciascuna, poichè il terzo superiore dell'intero papiro ne è stato, purtroppo, tagliato. In queste undici colonne è data la descrizione di cinque circoscrizioni catastali, cioè dalla sesta alla decima σφραγίς, cominciando la prima colonna con la sesta σφραγίς. È a ritener quindi che il papiro misurasse, nella larghezza, una dimensione almeno doppia dell'attuale, se per le prime cinque σφραγῖδες saranno occorse altre undici colonne. L'età cui esso rimonta è affatto impossibile stabilire: tuttavia dalla forma del corsivo gli editori credono di poterla fissare al principio del terzo secolo Quanto al ter-

[1]) Cfr. il mio scritto *Le prime illustrazioni della cosiddetta 'Petizione di Dionysia'* in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XIII, p. 64 sgg., ove son riassunti i fondamentali risultati delle indagini compiute dagli scrittori della materia.

Digitized by Google

ritorio che il documento descrive, anche per esso si deve rinunciare ad ogni determinazione, mancando qualsiasi accenno che sia atto ad identificarne il distretto.

Nonostante queste incertezze l'importanza del documento non ne rimane sminuita. Esso è infatti il primo che ci dia un esemplare del catasto immobiliare che l'antico Egitto usava. Quanto frequenti sono nelle collezioni dei papiri greco-egizi le dichiarazioni singole dei possessori [1]) o i richiami alle iscrizioni catastali, [2]) altrettanto mute esse erano fin qui di esempi pratici di catasto [3]) Nè era dato, nel silenzio delle fonti, rendersi conto esatto del modo col quale il libro catastale veniva compilato, pur non mancando le notizie intorno al suo funzionamento e agli organi amministrativi che vi eran preposti. Ora il papiro di Bruxelles ci mostra quanto semplice e ad un tempo perfetto fosse il sistema adottato. Diviso il territorio in un determinato numero di circoscrizioni (σφραγῖδες), si procedeva all'accertamento della estensione totale di ciascuna circoscrizione, misurandola per arure, ch'è l'unità di misura pei terreni, e comprendendovi anche i fossi e canali d'irrigazione che l'attraversano. Della superficie totale si formavano determinate categorie a seconda della coltura del terreno, detraendo, innanzi tutto, l'area occupata dai fossi e canali, e classificando il resto come terreni seminativi o alberati e simili. Per ciascuna classe si dichiarava la forza reddituale, onde stabilirne il va-

[1]) Su queste dichiarazioni o professioni, controllate e all'occorrenza rettificate dagli officiali pubblici, veniva appunto formato il catasto. Le collezioni di papiri ne contengono numerosissime specialmente pel censimento della popolazione e degli animali. Altre non poche si hanno per la proprietà mobiliare e pei fondi urbani. Pei fondi rustici si possono vedere ad es. BGU. II, 420 e 536, Oxy. I, 72, II, 248 e 250, e sopratutto BGU. I, 139 (dell'anno 202 d. Cr.) che più degli altri ricorda, pei termini in cui è redatto, il nostro documento. - Sull'argomento è da consultare, tra gli altri, WILCKEN, *Arsinoïtische Steuerprofessionen aus dem J. 189 n. Chr.* in *Sitzungsber. Berl. Ak.*, 1883, p. 897 sgg., Ἀπογραφαί in *Hermes* XXVIII, 1893, p. 230 sgg., *Zu den* κατ'οἰκίαν ἀπογραφαί in *Philologus* LII, 1893, p. 564 sgg.

[2]) Oltre alla cit. Petizione di Dionysia (Oxy. II, 237) contenente il famoso editto di Mettius Rufus dell'anno 89 d C. sulla pubblicità delle alienazioni, si veda anche sugli archivi della proprietà immobiliare quello del prefetto d'Egitto Flavius Titianus contenuto in Oxy. I, 34 dell'a. 127 d. C.

[3]) Tuttavia non mancano estratti officiali del catasto. Così BGU. III, 959 è un estratto dai διαστρώματα di Socnopaiou Nesou (cfr. anche ib. 866). Un notevole esempio di διάστρωμα si ha in Oxy. II, 274 appartenente al periodo tra l'89 e il 97 d. C.

Digitized by Google

lore, e si fissava la contribuzione che ciascun appezzamento avrebbe dovuto corrispondere in artabe di grano. Indi erano menzionati i singoli possessori con l'indicazione della superficie di terreno a ciascuno spettante, e da ultimo i confini della intera circoscrizione.

Dò qui sotto un saggio dell'interessante documento, scegliendo - dacchè la riproduzione integrale presenterebbe inutili ripetizioni - la descrizione dell'ottava σφραγίς, che è quella in cui le lacune sono minori. Essa incomincia nella col. IV e finisce nella VI, nella quale si inizia la nona σφραγίς. Tra la fine dell'una e il principio dell'altra vi ha però una nota di seconda mano (una consimile nota appartenente alla stessa mano si trova nella col. VIII al termine della nona σφραγίς), scritta tutta con abbreviazioni e con numeri in cifre, nella quale gli editori credono di vedere un annotamento di rettifica appostovi da alcuno dei funzionari superiori del catasto in seguito a revisione delle cifre contenute nella prima scrittura.

Col. IV.

Ὀ[γδόης σφραγῖδος... ἐχόμενα ἄρουραι τετρακόσιαι ἑξήκοντα πέντε]
ἥμισυ τέταρτον ἑκκαιδέκατον δυοτριακοστὸν τετρακαξηκοστὸν· ὧν
ὑδραγωγοῦ ἄρουραι τέσσαρες ἥμισυ. — Καταλείπονται ἐν σιτικοῖς ἄρουραι
τετρακόσιαι ἑξήκοντα μία τέταρτον ἑκκαιδέκατον δυοτριακοστὸν τετρα-
5 εξηκοστὸν – ὧν – σπορίμης γῆς ἰδιωτικῆς ἄρουραι τε[σσε]ράκοντα
μία· πυροῦ ἀρτάβαι ἑξήκοντα μία, τελοῦσαι ἀν[ὰ πυροῦ ἀ]ρτ[άβην] μί[αν]·
ἀβρόχου γῆς αἱ λοιπαὶ ἄρουραι τετρακόσιαι εἴκοσι τέταρτον ἑκκαιδέκατον
δυοτριακ[οσ]τὸν τετραεξηκοστὸν, ὧν βασιλικῆς γῆς ἄρουραι διακόσιαι
ὀγδοήκοντα ὄγδον ἑκκαιδέκατον δυοτριακοστὸν τετραεξηκοστὸν,
αἱ οὖσαι διὰ γεωργῶν Εὐπόρου Μώρου καὶ μετόχων ἀπογραφεῖσαι ὁμοίως
ὡς πρόκειται κολλημάτων.
Ἰδιωτικῆς γῆς ἄρουραι ἑκατὸν τεσσεράκοντα ἑκκαιδέκατον· ὧν
Μύσθης Σουχαμμῶνος ἄρουραι τέσσαρες τέταρτον, Σαβεῖνος Λινοῦφος
ἄρουραι τέσσαρες, Σαραποδώρα Λεωνίδου ἄρουραι τέσσαρες, κληρο-
νόμων (l. κληρόνομοι)
15 Μηνᾶτος Ἰσχυρᾶ ἄρουραι ἓξ τέταρτον, Ἥδεις Ἀλκαίεως ἄρουραι τρεῖς

Digitized by Google

Col. V.

... [Ἄνου].

βίων Πετρωνίου ἄρουραι τεσσ[ερ]ά[κοντα]...
ἄρουραι ὀκτώ, τέκνα Πασίωνος ἄρουραι ἑπτά, Ἰσιδώρα ἀφῆλιξ διὰ Ἀμμω-
νίου γυμνασιαρχήσαντος ἄρουραι πέντε. Γίνονται αἱ προκείμεναι
ἀπογραφεῖσαι ὁμοίως ὡς πρόκειται κολλημάτων.
Γίνονται τῆ[ς σφ]ραγῖδος ἀβρόχου ἄρουραι τετρακόσιαι εἴκοσι τέταρτον
ἑκκαιδέκατον δυοτριακοστὸν τετραεξηκοστὸν· πυροῦ ἀρτάβαι χείλιαι
τετρακόσιαι ὀγδ[οή]κοντα πέντε ἥμισυ τρίτον δωδέκατον τεσσερα-
κοσθόγδον, κριθῆς ἀρτάβαι ἑπτὰ ἕκτον τετρακικοστὸν· ὧν βασιλικῆς
γῆς ἄρουραι διακόσιαι ὀγδοήκοντα τέταρτον δυοτριακοστὸν τετραεξη-
κοστὸν· πυροῦ ἀρτάβαι χείλιαι τριακόσιαι δεκαεννέα ἥμισυ τρίτον δωδέ-
κατον τεσσερακοσθόγδον, κριθῆς ἀρτάβαι ἑπτὰ ἕκτον τετρακικοστὸν·
ὧν τελοῦσαι ἀνὰ πυροῦ ἀρτάβας τρῖς ἥμισυ τρίτον ὄγδον τεσσερακοστὸν
ἑκατοπεντηκοστὸν ἄρουραι διακόσιαι εἴκοσι ἓξ τέταρτον ὄγδον·
πυροῦ ἀρτάβαι χείλιαι πεντήκοντα τετρακαεξκοστὸν ἀνὰ πυροῦ

Col. VI.

. . . . . [γίνονται]
αἱ προκείμεναι
Γίτονες νότου ὑδραγωγὸς μεθ. δημο-
σία ὁδός, βορρᾶ διώρυξ καὶ ὁδός, ἀπηλιώτου πεδιακὴ ὁδός, λιβὸς ὑδρα-
γωγός.

La ottava circoscrizione catastale si compone in totale di arure 465 e $\frac{55}{64}$ ossia, come s' esprime costantemente l' atto che non cumula mai le frazioni, di arure 465 $^1/_2$ $^1/_4$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$. Di queste, sono occupate dal canale d'irrigazione (ὑδραγωγός) arure 4 $^1/_2$, mentre le rimanenti sono coltivate a grano (γῆ ἐν σιτικοῖς).

La γῆ ἐν σιτικοῖς, che misura dunque arure 461 $^1/_4$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$, è quindi divisa in due categorie:

a) la σπορίμη γῆ ἰδιωτική, con arure 41, le quali danno 61 artabe di grano e son gravate della imposta (τελοῦσαι) in ragione di 1 artaba di grano per arura;

Digitized by Google

b) l'ἄβροχος γῆ, con le rimanenti arure 420 $^1/_4$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$.

Ed a lor volta le dette arure di ἄβροχος γῆ si suddividono in:

a) βασιλικὴ γῆ, con arure 280 $^1/_8$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$. le quali sono iscritte al nome dei coloni Euporo Moro e soci;

b) ἰδιωτικὴ γῆ, con arure 140 $^1/_{16}$, di cui son proprietarii:

Μύσθης Σουχαμμῶνος	per arure	4 $^1/_4$
Σαβεῖνος Ἀτνοῦφος	»	4
Σαραποδώρα Λεωνίδου	»	4
eredi di Μῆνας Ἰσχυρᾶ	»	6 $^1/_4$
Ἥδεις Ἀλκαίεως	»	3
. . . . .		
Ἀνουβίων Πετρονίου	»	40
. . . . .	»	8
i figli di Πασίων	»	7
Ἰσιδώρα	»	5

Le arure 420 $^1/_4$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$ di ἄβροχος γῆ danno artabe di grano 1485 $^1/_2$ $^1/_3$ $^1/_{12}$ $^1/_{48}$, e artabe d'orzo 7 $^1/_6$ $^1/_{24}$.

Di esse le arure 280 $^1/_4$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$ di βασιλικὴ γῆ danno artabe di grano 1319 $^1/_2$ $^1/_3$ $^1/_{12}$ $^1/_{48}$, artabe d'orzo 7 $^1/_6$ $^1/_{24}$, e son tassate quanto ad arure 226 $^1/_4$ $^1/_8$ in ragione di artabe 3 $^1/_2$ $^1/_3$ $^1/_8$ $^1/_{40}$ $^1/_{150}$ di grano per arura.

Segue l'aggiunta che si hanno artabe di grano 1050 $^1/_{64}$, che peraltro la lacuna non permette d'intendere a quale superficie di terreno si riferiscano, e da ultimo la indicazione dei confini della intera circoscrizione, che sono a mezzogiorno un fosso irrigatorio e una via pubblica, a settentrione un canale e una via, ad oriente una via piana, ad occidente un fosso irrigatorio.

Si osservi che, mentre il computo delle suddivisioni è sempre esatto, corrispondendo le superfici totali normalmente alla somma di quelle che sono assegnate a ciascuna classe di terreni, nella ripartizione dell'ἄβροχος γῆ si ha $^1/_{16}$ di arura in meno, poichè le superfici della βασιλικὴ γῆ e della ἰδιωτικὴ γῆ non danno l'ammontare totale dell'ἄβροχος, che è di arure 420 $^1/_4$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$. Ciò è effetto di un errore nel computo della βασιλικὴ γῆ, che vien riportata per arure 280 $^1/_8$ $^1/_{16}$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$, laddove in luogo di $^1/_8$ $^1/_{16}$ dovevasi dire $^1/_4$; ma l'errore risulta corretto più sotto, dove, ritornandosi a parlare della contribuzione imposta alla βασιλικὴ γῆ questa è più esattamente indicata per la sua

Digitized by Google

superficie, ossia per arure 280 $^1/_4$ $^1/_{32}$ $^1/_{64}$. — Nè la lacuna consente di controllare se l'elenco dei singoli proprietari comprendesse ed esaurisse tutte le arure 140 $^1/_{16}$ di ἰδιωτικὴ γῆ, dacchè la lista conservata dà un complesso di sole 80 arure e mezzo. Ma è tuttavia certo che questa lista si riferiva alla sola ἄβροχος γῆ ἰδιωτικὴ, non anche alle 41 arure di σπορίμη γῆ ἰδιωτικὴ che precedono.

La nota di seconda mano che segue immediatamente, è alquanto disagevole ad intendere, nonostante che dal suo contenuto generale resti accertato con sufficiente sicurezza trattarsi di una revisione delle cifre e delle ripartizioni contenute nella precedente parte del papiro. Se però si tratti realmente di annotamento aggiunto da un funzionario superiore del catasto, come gli editori hanno congetturato, è dubbio. Una tale operazione, che dovrebbe immaginarsi compiuta dopo esaurita dal funzionario inferiore la descrizione del territorio, dovrebbe piuttosto risultare da un annotamento marginale; o quando voglia ritenersi ch'esso si usasse fare a piè d'ogni singola circoscrizione, sarebbe da aspettarsi uno spazio libero lasciato in fine di ciascuna circoscrizione, per farvi posto, ove occorresse, alla nota dell'ufficiale incaricato della revisione Il papiro invece è scritto tutto senza interruzioni e le note di seconda mano non si riscontrano che a piè dell'ottava e della nona σφραγίς.

Io non intendo tuttavia fermarmi ad un esame particolareggiato del documento: piacemi solo rilevarne l'importanza generale sia dal lato economico e amministrativo, sia da quello giuridico.

Considerando nel suo insieme il papiro, risulta da esso che il territorio agli effetti catastali veniva così suddiviso:

a) ὑδραγωγοί, διώρυχες, e così via.

b) γῆ ὑπολόγου

c) δενδρικά

d) γῆ ἐν σιτικοῖς

La γῆ ἐν σιτικοῖς si suddivide a sua volta in:

1) σπορίμη γῆ

2) ἄβροχος γῆ

E tanto la σπορίμη, quanto l'ἄβροχος γῆ si suddividono in:

1) βασιλικὴ γῆ

2) ἰδιωτικὴ γῆ.

Digitized by Google

Che cosa sia la γῆ ὑπολόγου era già noto per altri documenti. Sulla scorta di P. Ahm. II, 68, nel quale il termine era apparso per la prima volta, il Mitteis[1] l'aveva identificata con la terra responsiva di canone; ma dopo la pubblicazione dei *Tebtunis Papyri*, nei quali la espressione ricorre frequentemente, è rimasto assodato ch'essa denota semplicemente la terra incolta e per conseguenza quella che non è soggetta ad imposta[2]. E questo è infatti il significato con cui la espressione ricomparisce nel nostro documento. Nella settima σφραγίς si ha ad es. che la superficie totale si compone di arure 635 e frazioni. Di queste, 2 arure e frazioni son rappresentate da γῆ ὑπολόγου, 34 arure da δενδρικά, e il rimanente in 599 arure e frazioni dalla terra ἐν σιτικοῖς. Ora è solo rispetto alle arure ἐν σιτικοῖς che è indicata prima la forza produttiva, poi l'imposta che le grava; mentre niuna di tali indicazioni si ha per la terra ὑπολόγου, perchè improduttiva, e per la δενδρικά (sotto la quale gli editori suppongono indicati i palmeti) perchè questa corrispondeva la imposta in danaro.

La parte dei terreni che risulta aver precipua importanza nel catasto è la γῆ ἐν σιτικοῖς, ossia la terra a grano. Le due specie in cui essa si distingue, la σπορίμη e l'ἄβροχος, denoterebbero, secondo gli editori, la prima i terreni inondati dalle piene del Nilo e capaci di esser seminati senza lavorazione precedente, la seconda invece quelli che rimangono asciutti. Quanto la distinzione sia importante non è chi non veda: a lungo andare le terre asciutte potevano divenire infruttifere e passare nella categoria della γῆ ὑπολόγου, il che per lo Stato avrebbe rappresentato la perdita dell'imposta. Un esempio praticamente interessante d'improduttività cagionata dalla mancanza delle inondazioni si ha appunto nel citato P. Ahm. 68, ove terreni imperiali, divenuti improduttivi per la loro aridità, sono esposti in vendita dal prefetto Iulius Vestinus al prezzo di venti dramme d'argento per arura.

Difficoltà tuttavia presenta il fatto che la terra ἄβροχος produce assai più abbondantemente della σπορίμη ed è quasi sempre più fortemente tassata di questa. Se infatti si confrontano i dati forniti dall'intero documento, si ha che nelle singole circoscrizioni catastali l'ἄβροχος γῆ produce per ogni arura di terreno in media dalle tre alle

[1]) *The Ahmerst Papyri Nr. 68* in *Zeitschr. der Sav.-Stift.* XXII, 1901, p. 156.
[2]) *Tebt. Pap.* I, p. 540 e 574.

Digitized by Google

cinque artabe di grano, con un massimo di 8 artabe e mezzo e in minimo di un'artaba e un quarto [1]). E l'imposizione si aggira intorno alle tre artabe per arura, con un minimo di un'artaba e un massimo di 5 artabe e un terzo. Nella σπορίμη γῆ invece la produzione supera di poco più un'artaba di grano per arura [2]) e l'imposizione, qui sempre invariabile, si mantiene nella proporzione di un'artaba ad arura.

Ora sembra logico il pensare che le terre, le quali non abbian profittato delle piene del Nilo, debbano esser meno produttive delle altre, se in queste, ossia nella σπορίμη γῆ, devono vedersi le terre inondate [3]). La circostanza che l'imposta sia più alta nella terra non inondata vien dagli editori spiegata col fatto che questa, per essere coltivata, doveva essere artificialmente irrigata; e poichè al relativo servizio provvedeva lo Stato, dovevasi in corrispettivo di esso contribuire con una imposta maggiore. Resta a spiegar però l'altro feno-

[1]) Ecco alcune cifre che il documento fornisce, omesse le frazioni:

arure	474	danno	1529	artabe di grano e cioè in media				art. $3\frac{1}{5}$	per arura
»	283	»	1290	»	»	»	»	$4\frac{1}{2}$	»
»	273	»	1235	»	»	»	»	$4\frac{1}{2}$	»
»	10	»	85	»	»	»	»	$8\frac{1}{2}$	»
»	190	»	238	»	»	»	»	$1\frac{1}{4}$	»
»	420	»	1485	»	»	»	»	$3\frac{1}{2}$	»
»	280	»	1319	artabe di grano e 7 artabe d'orzo con una media di art. $4\frac{2}{3}$ per arura					
»	226	»	1050	artabe di grano con una media di $4\frac{2}{3}$ per arura					
»	187	»	459	artabe di grano e 68 di orzo, con una media di art. 5 per arura					
»	63	»	251	artabe di grano e 68 di orzo, con una media di art. 5 per arura					
»	$\frac{1}{4}$	dà 1 artaba di grano - cioe art. 4 per arura							
»	3	danno 9 artabe - e cioè art. 3.							

[2]) Le cifre che si hanno sono infatti: arure 41 danno artabe 61; arure 30 ne danno 37; arure 40 ne danno 50.

[3]) Sulla coltivazione dei terreni soggetti alle inondazioni e sul regime fluviale dell'alto Egitto si vedano ora i tre nuovi papiri pubblicati dal VITELLI. *Dei papiri greci dell'Egitto VI* in *Atene e Roma*, VII, 1904, col. 120 sgg. Il terzo documento, di cui il Vitelli dà solo il principio e sul quale richiama specialmente l'attenzione degli studiosi, non sarà una relazione officiale del κωμογραμματεύς da servire appunto per la compilazione del catasto?

Di notevole interesse è anche un altro dei papiri acquistati dal Vitelli e pubblicato nei *Rendiconti della R. Accad. dei Lincei*, vol. XIII, fasc. 5, Seduta 15 maggio 1904 (p. 17-18 dell'estratto), del 25 marzo 84 d. C., in cui l'ἀσχολούμενος τῶν καταλοχισμῶν ordina che le sedici arure di terreno che una tal Didyme ha venduto ad una donna Sarapias, sieno, se intestate in catasto alla venditrice, volturate al nome della compratrice.

Digitized by Google

meno della minor produzione della σπορίμη γῆ, che secondo gli editori sarebbe quella capace d'esser seminata senza precedente lavorazione. E ciò è inconciliabile con la non mai smentita feracità prodotta dalle inondazioni.

Questo rilievo fa sorgere il dubbio, se nella duplice categoria di terreni non s'abbia piuttosto ad intendere altra cosa, e cioè che mentre l'ἄβροχος γῆ rappresenti la terra che avendo beneficiato della inondazione sia poi, pel ritirarsi delle acque, rimasta all'asciutto, e perciò capace di produrre sul limo disseccato abbondantemente il grano e l'orzo, la σπορίμη γῆ sia quella già seminata e rimasta paludosa: e in questo senso più appropriato σπορίμη sarebbe sinonimo di ἔμβροχος, come gli stessi editori avvertono.

Donde io trarrei, se la premessa non è errata, una ulteriore conseguenza intorno alla natura del nostro documento catastale.

Noi sappiamo già come il catasto greco-egizio contenesse indicazioni molteplici, tra le quali quelle dei diritti di servitù, d'ipoteca o di corresponsione concessi ad altri. E pare altresì assodato che due fossero i catasti della proprietà immobiliare: l'uno generale e sommario, in cui era segnato tutto il territorio, con le sue circoscrizioni e suddivisioni; l'altro personale, intestato ai singoli possessori, con gli annotamenti dei passaggi, dei titoli di pertinenza, dei diritti dei terzi e così via. Probabilmente integrava l'uno e l'altro una mappa descrittiva, ma di questa non si hanno notizie. Alla seconda specie non appartiene certamente il papiro di Bruxelles: ma apparterrà esso alla prima? L'apparenza generale dovrebbe farlo ritenere. Tuttavia la ragione di dubitare potrebbe esser data appunto dall'osservazione fatta dianzi in ordine all'ἄβροχος e alla σπορίμη γῆ; perchè, se il catasto generale di cui ho parlato occorreva che fosse permanente (revisioni e correzioni se ne praticaron poi ogni cinque anni, ed altre anche in seguito a decreti del prefetto), a tener conto delle annuali inondazioni e quindi della maggiore o minor produzione del suolo agli effetti dell'imposta era necessario procedere di anno in anno all'accertamento.

Io sarei quindi propenso a ritenere che oltre i due catasti surricordati ve ne fosse un terzo, il quale si redigeva anno per anno per uso del tutto amministrativo e fiscale – e quindi indipendente, per quanto ad esso coordinato, dal catasto generale - diretto principal-

Digitized by Google

mente ad accertare per ogni singola stagione agraria la produzione delle varie terre e a stabilire l'ammontare dell'imposta. La quale perciò non sarebbe stata permanente e continua (entro i limiti, beninteso, delle revisioni quinquennali), ma mutabile sia in modo assoluto, in quanto i terreni un anno ad essa assoggettati avrebbero potuto in seguito, per esser divenuti incolti, venirne esonerati, sia in modo relativo, variando di anno in anno l'intensità della produzione del suolo.

Circa l'altra distinzione che per entro a quelle due classi di terreni si vede costantemente fatta, cioè di terreni di proprietà privata (ἰδιωτικὴ γῆ) e di terreni di spettanza demaniale (βασιλικὴ γῆ), è a notare che pur risultando chiara la contrapposizione di queste due categorie, può restar dubbio che cosa precisamente sia la βασιλικὴ γῆ. Essa infatti può designare tanto il demanio dello Stato, ossia i beni propriamente pubblici, quanto i beni imperiali, e cioè il patrimonio imperiale, o spettante alla corona o privato della casa imperiale. Forse quest'ultimo significato si deve escludere. Ma non può non impressionare la circostanza che in nessuna delle circoscrizioni - a giudicare da quelle che ci sono conservate nel papiro - manca mai la proprietà demaniale: il che è indice del largo possesso che il fisco ha nel territorio. Questi terreni eran da esso dati in locazione a coltivatori privati, i quali ne corrispondevano il prezzo ora in natura, ed ora in danaro. Come gli editori osservano, la contribuzione di cui si fa cenno per la βασιλικὴ γῆ, dovrebbe rappresentare appunto questa corresponsione, cosicchè mentre pei terreni di proprietà privata si avrebbe una vera imposta fondiaria, per quelli demaniali l'imposta, che è sempre in misura più elevata che non negli altri terreni, sarebbe la mercede della locazione o se vuolsi il canone, dovuto al fisco.

Ho detto più sopra della importanza del documento per gli studi di papirologia, ma non posso chiudere il breve cenno senza richiamar l'attenzione anche su un altro aspetto pel quale esso può avere interesse. In qual rapporto è da mettere il medesimo con gli ordinamenti catastali romani?

Il quesito, trattandosi di un documento appartenente al periodo romano (poichè, nonostante la incertezza della data, esso è certamente da assegnare all'epoca imperiale), sorge spontaneo. Ma appunto per quella incertezza è meno agevole farvi induzioni sicure.

Digitized by Google

I libri dei gromatici e degli scrittori di cose agrarie ci hanno conservato intorno alle divisioni del suolo notizie preziose, che hanno permesso di ricostruire quasi tutta intera la storia di quelle istituzioni.[1]) Ma pel catasto vero e proprio le notizie son meno abbondanti.[2]) Pare ch'esso fosse descritto su tavole di rame. E certo, come quello greco-egizio, anch'esso veniva parimenti compilato sulle dichiarazioni dei possessori, controllate dagli *agrimensores* e punite, se false, con la pena di morte e la confisca dei beni (c. I C. Theod. 13, 11: Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius. Si quis sacrilega vitem falce succiderit, aut feracium ramorum foetus hebetaverit, quo declinet fidem censuum, et mentiatur callidae paupertatis ingenium, mox detectus capitale subibit exitium, et bona eius in fisci iura enigrabunt. Cfr. c. 2 C. Iust. 11. 58 [57]).

Ed il sistema di compilazione non era punto dissimile da quello che praticamente abbiamo veduto applicato nel catasto egizio. Un passo di Ulpiano, appartenente al libro terzo della sua opera *de censibus*, ci dà in termini che presentano una spiccata corrispondenza col nostro documento, la descrizione del modo col quale si compilava il catasto dei fondi rustici:

> l. 4. D. *de censibus* 50. 15. - pr. Forma censuali cavetur, ut agri sic in censum referantur. nomen fundi cuiusque: et in qua civitate et in quo pago sit: et quos duos vicinos proximos habeat. et aruum, quod in decem annos proximos satum erit, quot iugerum sit: vinea quot vites habeat: olivae quot iugerum et quot arbores habeant: pratum, quod intra decem annos proximos

[1]) Vedi l'opera classica di BLUME, LACHMANN RUDORFF e MOMMSEN, *Schriften der römischen Feldmesser*, Berlin, 1848-1852 e il pregevole libro del BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Padova, 1897.

[2]) Sebbene ormai antiquato e incompleto, pure rimane sempre molto utile il quadro che del catasto romano ha disegnato il DUREAU DE LA MALLE nel capitolo decimosettimo del magistrale suo lavoro *L'économie politique des Romains*. Di questo libro, divenuto assai raro in commercio, sarà salutata con vivo piacere la versione italiana che se n'è ora iniziata nella *Biblioteca di storia economica* del PARETO, vol. I, parte 2ª, p. 1 sgg., Milano, 1904. - È da osservare però che molte delle notizie e indicazioni che generalmente si dànno in proposito riguardano piuttosto le istituzioni degli agrimensori e le relative operazioni, anzichè propriamente il catasto Ciò ha notato giustamenle il BRUGI, *op. cit.*, p. 190 sgg., secondo il quale un catasto generale romano non si ebbe nè al tempo di Traiano nè poi.

Digitized by Google

sectum erit, quot iugerum: pascua quot iugerum esse videantur: item silvae caeduae. omnia ipse qui defert aestimet. § 1. Illam aequitatem debet admittere censitor, ut officio eius congruat relevari eum, qui in publicis tabulis delato modo frui certis ex causis non possit. quare et si agri portio chasmate perierit, debebit per censitorem relevari. Si vites mortuae sint vel arborès aruerint, iniquum eum numerum inseri censui: et rel.

La imposta veniva fissata in proporzione del maggiore o minor valore delle terre, e questo si calcolava, naturalmente, in ragione della fertilità e del prodotto del suolo (*pro aestimatione ubertatis*): come appunto si vede praticato nel nostro documento. Ne erano esonerate le terre improduttive, alla stessa guisa che nel papiro si vede esclusa la γῆ ἀπολόγου. Tuttavia una compensazione si faceva fra i terreni fertili e gli sterili, siccome dispose una costituzione di Teodosio Arcadio ed Onorio dell'a. 393:

C. 4 c. Iust. 11. 58 [57]. Omne territorium censeatur, quotiens defectorum levamen exposcitur, ut sterilia atque ieiuna his quae culta vel opima sunt compensentur [= c. 4 C. Theod. 13. 11].

I risultati delle operazioni di accertamento, resi noti mediante pubblicazione, potevano però essere impugnati entro l'anno e dar luogo quindi, ove si riscontrasse l'errore, alla riduzione della imposta

C. 5 c. Iust. 11. 58 [57] - pr. Qui gravatos se a peraequatoribus conqueruntur et iniusto oneri impares esse proclamant, competitionis habeant facultatem, ut, quid remissum gratia, quid interceptum fuerit fraude, convincant et ex eo levamen accipiant, quod per deformia et criminosa commercia sibi impositum esse deplorant, ut aliis demeretur. § 1. Quod intra annum post codicum oblationem cui videbitur de iniusto onere conqueratur, iniquitatem paraequatoris accuset ac praestitam gratiam habita competitione convincat, ut, quod ei fuerat superfusum, ille cognoscat, quem debitae functioni fraus clandestina subtraxerat [= c. 5 C. Theod. 13. 11].

Ed anche di ciò i papiri ci offrono notevoli riscontri. Così è a dirsi ad es. di Oxy. III, 488, il quale contiene un caratteristico reclamo di un contribuente contro la illegale iscrizione fatta in suo danno

Digitized by Google

dagli officiali pubblici e la conseguente eccessiva tassazione cui egli è stato assoggettato.

Questi ed altri riscontri, che in tutt'altre condizioni potrebbero essere pure analogie casuali, fanno pensare invece alla esistenza di un qualche rapporto più intimo, quando trattandosi dell'Egitto, si scenda nella storia del diritto romano ai tempi più tardi dell'impero. La mancanza, nel papiro di Bruxelles, della data e della intestazione, in cui forse era fatto cenno della disposizione in base alla quale l'atto veniva compilato, non consente di stabilire quanta parte abbiano avuto in esso i nuovi ordinamenti imperiali. Ma è altresì notevole che appunto dopo la conquista e nel periodo più recente, quando dall'Egitto molte idee eran giunte, attraverso la cultura greca, in Roma, le fonti incominciano a parlare di libri catastali e a dar notizia delle disposizioni emanate per regolar la materia.

Cosicchè è a prevedersi che le ulteriori pubblicazioni e scoperte di papiri possano riuscire anche in questo campo, come già lo furono in vari altri, di grande giovamento per la storia delle istituzioni di Roma.

ROBERTO DE RUGGIERO.

Digitized by Google

IL RISARCIMENTO DEL DANNO MORALE

SECONDO IL DIRITTO ROMANO

Sommario. — INTRODUZIONE: 1. Opinione degli scrittori sulla questione - 2. Come debba esser posta la questione del risarcimento del danno morale - 3. Difficoltà che presenta l'esame della questione secondo il diritto romano.

II. ACTIONES IN BONUM ET AEQUUM: 4. Le actiones in bonum et aequum conceptae - 5. Actio iniuriarum: estensione del delitto d'ingiuria - 6. La condanna pecuniaria nel delitto d'ingiuria - 7. Actio sepulcri violati - 8. Le altre actiones in bonum et aequum conceptae; svolgimento storico dell'a. de effusis et deiectis per le ferite all'uomo libero - 9. Carattere penale delle actiones in bonum et aequum conceptae.

III. FORMULAE AL QUANTI EA RES EST: 10. Interdetti dati a tutela d'interessi non patrimoniali; formule ad essi relative - 11. Come si determinava la condanna in questi casi - 12. Azioni popolari con condanna a favore dell'attore - 13. Azioni penali al quanti ea res est: il quanti ea res est nel diritto più antico - 14. Furto di documenti e di persona libera; l'a. de pauperie e l'a. legis Aquiliae per le ferite all'uomo libero; l'omicidio colposo; l'a. legis Aquiliae e il prezzo d'affezione - 15. L'a. servi corr. e la corruzione del filius fam. - 16. La formula petitoria e il prezzo d'affezione - 17. La stima della scrittura e dei documenti; l'utilitas nelle servitù - 18. L'a. ad exhibendum - 19. Il iusiurandum in litem affectionis - 20. Condictio e actio operarum - 21. Le diverse interpretazioni del quanti ea res est: stima del danno dal punto di vista patrimoniale.

IV. FORMULE IN CUI LA CONDEMNATIO E INDICATA CON LE PAROLE: « EIUS CONDEMNA »: - A) *Giudizi di stretto diritto*: 22. Actio ex testamento - 23. Actio ex sponsu per inadempimento degli sponsali; sua antichità - 24. Incertezza per quanto concerne la natura della condanna - 25. Actio ex stipulatu; stipulazioni dirette a prestazioni d'indole non patrimoniale - 26. Esame della legge 8 § 1 Dig. ratam rem 46, 8 - 27. Carattere patrimoniale della stipulatio certa e l'interesse nella stipulazione - 28. Difficoltà di ammettere il risarcimento del danno morale nell'a. ex stipulatu. — B) *Giudizi di buona fede*: 29. L'interesse d'affezione e i giudizi di buona fede - 30. Il risarcimento del danno nel deposito, nel comodato, nel pegno - 31. nella locazione, nell'a. pro socio; risarcimento del danno in caso di ferite - 32. L'a. fiduciae e il maltrattamento dello schiavo - 33. Esame delle leggi 54 pr. Dig. mandati 17. 1; 1 § 2 Dig. tutelae et rat. dist. 27, 3; 71 Dig. de evict. 21, 2 - 34. Loro interpolazione - 35. L'ammontare della condanna nei casi ivi esaminati - 36. L'a. mandati - 37. La compra-vendita: la liberorum venditio; il iud. redhibitorium e l'a. empti per i vizi dello schiavo venduto - 38. L'a. empti pel man-

Digitized by Google

cato acquisto del patronato - 39. Divieti d'alienazione e patti relativi alla vendita degli schiavi - 40. Diminuzione dei pregi e delle comodità della cosa locata - 41. L'a. praescriptis verbis per l'erezione del monumento ordinato dal testatore, per l'osservanza del modus imposto al donatario, per la mancata manumissione del servo - 42. L'interesse d'affezione nel diritto giustinianeo e le contradizioni dei compilatori.

V. CONCLUSIONE: 43. La funzione satisfattoria del danaro in diritto romano e la pena privata - 44. Pena privata e risarcimento; necessità di distinguere l'una dall'altro: carattere patrimoniale del risarcimento in diritto romano.

I.

Introduzione.

1. Sono note le dispute, alle quali dà luogo la teoria del risarcimento del danno morale. Per quanto essa sia stata favorevolmente accolta dalla nostra giurisprudenza e dalla maggior parte dei nostri civilisti [1]), regnano ancora non poche incertezze fin sui punti fondamentali; spesso il danno morale è confuso con quello patrimoniale indiretto, quasi tutti limitano il risarcimento ai soli casi di colpa extracontrattuale [2]) e, quel che più importa per noi, avversari e fautori della nuova teoria, adducono a sostegno della loro tesi il diritto romano, limitando però quasi esclusivamente la disputa all'a. iniuriarum aestimatoria [3]).

Il richiamo al diritto romano potrebbe in questo caso avere un valore non puramente storico, perchè i principii fondamentali, che regolano il risarcimento del danno secondo il nostro codice civile,

[1]) Fondamentale è, come è noto, l'ottimo studio del GABBA, *Questioni di diritto civile*, II (1898), p. 225. Più recente e più ampio è il lavoro del MINOZZI, *Studio sul danno patrimoniale*, Milano 1901, e ad esso rimandiamo per la bibliografia, alla quale ora è da aggiungere un'altra nota del GABBA, *Foro Ital.* 1903, I, p. 944, e, per quanto concerne l'art. 38 Cod. pen., la nota dell'avv. BUTERA, *Foro Ital.* 1902 II, p. 481.

[2]) Su tutto ciò rimando al libro del Minozzi cit. nella nota precedente e su quest'ultimo punto cfr. anche POLACCO, *Lezioni sulle Obbligazioni*, p. 351, n. 2.

[3]) Oltre GABBA cit. e CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, p. 218, n. 411 segg., cfr. anche FERRINI, *Dig. Italiano*, voci *Delitti* e *quasi delitti*, § 127 ed *Enciclopedia Giuridica*, voce *Danni*, § 103, n. 81 (conf. però *Pand.* § 407) e GIORGI, *Obbligazioni* (5ª ed.), vol. V, p. 218, il quale ultimo ritiene che l'*a. iniuriarum aestimatoria* in diritto romano non era penale, ma civile e cita a sostegno della sua tesi Inst. 4, 4, 10; Dig. 47, 10, 37, 1. Più diffusamente è trattata la questione dal MINOZZI, op. cit. pp. 83-104, il quale accetta sostanzialmente la nota teoria di Ihering sull'*a. iniuriarum*.

Digitized by Google

derivano dal diritto romano giustinianeo. Ora è certo che la questione può sollevarsi anche nel diritto romano e in un campo più esteso che l'a. iniuriarum e le sole obbligazioni ex delicto; essa anzi, per quanto non sempre negli stessi termini in cui si agita tra i nostri civilisti [1]), è stata trattata dagli scrittori di diritto romano, e anche qui regna una grande varietà di opinioni.

Un numero assai considerevole di scrittori antichi e moderni ha sostenuto che nella stima del danno il diritto romano escluse del tutto l'interesse d'affezione e accordò il risarcimento solo dei pregiudizi d'indole patrimoniale [2]); ma altri scrittori hanno sostenuto che nei giudizi di buona fede il giudice poteva accordare un risarcimento in caso di lesione d'un semplice interesse d'affezione [3]). Ihering e Windscheid [4]) ed altri sono andati anche più oltre e sopratutto il primo in un famosissimo parere addusse tutta una serie di testi per dimostrare che la condanna pecuniaria ebbe in diritto romano non solo la funzione di pena e di equivalente, ma anche quella di soddisfazione, che il giudice romano nella vera rei aestimatio valutava affectus, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas, etc. etc., che l'espressione id quod interest non significò il solo interesse pecu-

[1]) Sulla distinzione, fatta dagli antichi interpreti, tra *interesse conventum, commune e singulare* vedi Cohnfeldt *Interesse* pag. 5.

[2]) Donello, *Opera omnia* (ed. Luc.), IX ad leg. unicam Cod. de sententiis quae pro eo quod int. prof. cap. 3; Cuiacio, *Opera* IX. colonna 1628 (ed Prato). Recitationes solemnes in lib. VII Cod. ad tit. XLVII de sententiis quae pro eo quod int. prof.; Magnus (Meermann, *Thesaurus* III, p. 301); De Gast, (*Thesaurus* cit. VI, p. 762 — Catianus, (*Thesaurus* cit. VII, p. 785); Voet, *Comm. ad Pandectas*, libro 45, tit. 1, n. 9; Wenig-Ingenheim, *Die Lehre des Schadensersatz*, p. 228; Mommsen F., *Beiträge zum Obligationenrecht* II, p. 122 segg.; Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse*, p. 69 segg.; Gimmerthal, *Die Lehre vom Interesse*, p. 11; Puchta, *Pand.* § 220, n. 1, § 225. Keller, *Pand.* § 256; Vangerow, *Pand.* III, § 571, n. 3 in fine; Brinz, *Pand.* § 239; Pernice, *Labeo*, III, p. 180; Ferrini *Pand.* § 407, 408.

[3]) Faber, *Rationalia* ad leg.: 6, § 2 de operis servorum 7. 7: 33 ad legem Aquiliam 9. 2: 14 de servo corrupto 11. 3; 54 mand. 17. 1; Savigny, *Sistema* V, appendice XIII, cap. 3 in fine; Gans, *Ueber röm. Obligationenrecht* I, p. 68, n. 3; Molitor, *Oblig.* I, p. 455.

[4]) Windscheid, *Pand.* § 257, n. 3 e 6; § 250 n. 3 e l'abbondante bibliografia citata in questa nota. Ihering, *Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn* (*Jahrbücher für die Dogmatick*, 1880, p. 41) e il riassunto fattone da Scialoja in *Archivio giuridico* XXV, p. 428. Cfr. anche l'altro notissimo lavoro di Ihering, *Rechtsschutz gegen ideal. Rechtsverletzungen* (*Jahrbücher* cit. 1885) tradotto in francese da Meulenaere, Paris 1888: Cfr. anche Dernburg, *Pand.* II, § 44; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 572.

Digitized by Google

niario, ma qualunque interesse tutelato dal diritto e che finalmente la funzione di soddisfazione del danaro non fu limitata ai delitti ma ebbe luogo anche nei contratti [1]).

Dopo lo studio fatto con la consueta profondità da Alfredo Pernice [2]) sulle diverse questioni trattate da Ihering in quel parere, non può più affermarsi che i testi che egli addusse diano una prova sufficiente delle conclusioni ora riferite, ma si potrebbe tuttora dubitare che, almeno nei giudizi di b. f., potesse nell'epoca giustinianea ottenersi il risarcimento dell'interesse d'affezione, perchè risulta (e a ciò non s'era posto mente finora) espressamente da uno scolio di Stefano. Questi infatti, trattando dei caratteri generali dei giudizi di b. f, dice che, mentre nelle azioni reali non può richiedersi l'interesse d'affezione, tale interesse può essere richiesto nelle azioni di b. f. [3])

Nonostante l'autorità di Stefano a noi sembra che debba seguirsi l'opinione negativa, debba cioè ritenersi che la moderna teoria del risarcimento del danno morale non trova un precedente nel diritto romano; ma la dimostrazione di ciò esige uno studio paziente ed accurato, perchè speciali difficoltà s'incontrano trattando tale questione dal punto di vista di quel diritto.

2. Data la disparità di opinioni e le incertezze che regnano tra i civilisti per quanto concerne la questione in esame, occorre innanzi tutto intendersi sui punti fondamentali di essa, cioè sul concetto di danno morale e sulla natura della riparazione pecuniaria, che ad esso si vorrebbe concedere.

Con l'espressione danno morale, a nostro avviso, si designano tutti quei pregiudizi, che in nessuna guisa si ripercuotono sul patri-

[1]) *Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn (Jahrbücher cit. 1880).*

[2]) *Labeo* III, p. 172 seg.

[3]) Basilici (Heimbach), 13. 1. 3. 2, ... Ἆρα δὲ δύναται καὶ ἀπὸ διαθέσεως διαφέρον κατασκευάζεσθαι: Στεφ: Ἐπὶ μὲν οὖν τῶν βόνα φίδει ἀγωγῶν καὶ πάνυ, ὡς ἔστι μαθεῖν βιβ. ς΄. τοῦδε τοῦ συντάγματος τιτ. δ΄. διγ. νδ΄. ἀνάγνωθι καὶ βιβ. ζ.΄ τῶν αὐτῶν δὲ ῥέβους τελευτ. τιτ. καὶ κζ΄. διγ. ἐπὶ δὲ τῶν ἐν ῥέμ οὐκ ἔστιν ἀπὸ διαθέσεως ἢ τέρψεως διαφέρον. [Num autem potest ex affectione id quod interest peti? Stephani: Omnino potest peti in bonae fidei actionibus, ut disci potest lib. 6 huius partis tit. 4 Dig. 54. Lege et lib. 7 de rebus tit. ult. et Dig. 27. In actionibus autem in rem propter affectionem vel voluptatem id quod interest non petitur.] Le citazioni delle Pandette contenute in questo scolio sono inesatte; cfr. p. 281 n. 1.

Digitized by Google

monio. Nel concetto di danno morale, ripeteremo col Gabba[1], rientrano i danni morali in senso stretto e proprio, quei danni cioè che non cadono su nessuna cosa materiale appartenente al danneggiato, che non si avvertono con i sensi esterni, ma che soltanto internamente sono sentiti, sia che essi consistano in una diminuzione di pregi non materiali, sia che consistano nell'impedito acquisto di beni e pregi d'indole morale, sia che consistano nell'offesa di interni affetti. Nel concetto stesso cadono poi anche i danni morali in senso lato e improprio, cioè ogni danno che non tocchi e non diminuisca il patrimonio, benchè colpisca cose materiali appartenenti all'individuo, quale è quello che viene arrecato all'integrità corporale e alla salute fisica altrui. Sono pertanto danni morali: 1) Le offese al corpo, in quanto producono dolore, malattie, deformità e guasti alla salute fisica; 2) le offese al decoro fisico e morale della persona in sè considerate e indipendentemente dal danno patrimoniale che direttamente o indirettamente può da esse conseguire; 3) l'aver dato causa alla perdita o alla diminuzione dei vantaggi d'indole morale che una persona aveva diritto di aspettarsi da un'altra; 4) le afflizioni morali o i patemi d'animo cagionati da ogni guisa di offese o alla diretta vittima di esse o ai suoi congiunti.

Per quanto l'espressione danno morale voglia intendersi in senso lato e comprenda pregiudizi di natura assai diversa, ciò che caratterizza il danno morale è, come dicevamo, che non cade sul patrimonio, tanto che il Minozzi ha sostituito all'espressione danno morale l'altra di danno non patrimoniale. Dal concetto di danno morale deve dunque tenersi nettamente separato quello di danno patrimoniale non solo diretto, ma anche indiretto, quello cioè che consegue al patrimonio altrui mediante un'offesa d'indole fisica o morale. Così, per addurre un esempio, che troveremo più volte trattato nei testi di diritto romano, il rimborso delle spese di malattia e di cura e il risarcimento per le opere mancate in caso di lesioni personali non costituisce un risarcimento del danno morale; questo si avrebbe invece se alla vittima o ai parenti venisse concesso un compenso per il dolore recato all'una e agli altri.

Per quanto concerne poi la natura della riparazione da accordare

[1]) *Questioni di diritto civile* (1898), II, p. 225 segg.

Digitized by Google

al danno morale, occorre necessariamente che si tratti di risarcimento e non di pena [1]. Che il dolore fisico, le offese morali non debbano restare impunite e che diano diritto che siano inflitte delle *pene* a chi le arrecò, non è cosa sulla quale possa nascere dubbio [2] e così anche che tali pene spesso nei diritti più antichi siano consistite in una somma di danaro da pagarsi all'offeso è cosa che nessuno può ignorare. Quando però si tratta di risarcimento del danno morale, la questione deve essere esaminata da un altro punto di vista, da quello cioè del diritto civile. In altri termini, se si vuole rimanere nella questione e se non si vogliono confondere cose sotto più aspetti diver e, la questione va posta così: è opportuno, è possibile accordare al danno morale un risarcimento in modo analogo a quello che si accorda al danno patrimoniale? Occorre insomma ricercare se il giudice, superando le difficoltà che presenta la stima di un danno di tal genere, possa assegnare al danneggiato con criterio di equivalenza una somma di danaro, che non sia una pena, a riparazione del pregiudizio sofferto.

La distinzione tra pena e risarcimento è qui di capitale importanza e gli scrittori che tentano di attenuarla [3] spostano indubbiamente i termini della questione. Invero, se anche in qualche caso il nostro codice civile riconosce ancora delle azioni penali private [4], tale carattere non hanno certo le azioni generali di danno, che derivano dalla colpa contrattuale o extracontrattuale; e la nostra questione è appunto nel vedere, se con queste ultime azioni possa chiedersi il risarcimento di pregiudizi d'indole non patrimoniale.

A nostro avviso dunque, trattando di risarcimento del danno morale, occorre necessariamente portare la nostra attenzione sopratutto su due punti: 1) che si tratti veramente di un danno morale, di un danno cioè che non colpisca nè direttamente nè indirettamente il patrimonio; 2) che si tratti di un risarcimento, di una somma cioè di

[1]) GABBA, *Questioni* cit. p. 231. Ciò forma oggetto di disputa specialmente in Germania a proposito dello *Schmerzensgeld* e tra noi per l'articolo 38 Cod. pen. Per la bibliografia sul primo punto cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 455, n. 29-33 e la trad. italiana di BENSA e FADDA vol. I, nota *p*, p. 689; sull'altro cfr. la nota dell'avv. BUTERA cit. a.p. 207 n. 1. e MINOZZI, op. cit. p, 160 segg.

[2]) COHNFELDT, *Interesse*, p. 82 in fine e segg.

[3]) Cfr. MINOZZI, op. cit. p. 63 segg.; 100 segg. e 111 segg.

[4]) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* vol. I, trad. italiana, nota *p* dei traduttori, p. 657.

Digitized by Google

danaro assegnata al danneggiato a ristoro del pregiudizio sofferto e valutata dal giudice con criterio di equivalenza, come suole farsi pel danno patrimoniale.

3. Il non tener presente l'uno e l'altro punto condurrebbe di necessità chi vuole trattare la questione secondo il diritto romano ad erronee conseguenze. È infatti sommamente facile in diritto romano equivocare su di essa per le speciali condizioni di quel diritto, che sono sotto più aspetti dissimili da quelle attuali.

Ai giorni nostri la condanna pecuniaria trova applicazione in un numero assai più ristretto di casi di quello che fosse in diritto romano. La procedura formulare non conosceva l'esecuzione diretta e la pena pecuniaria privata trovava in diritto romano estesissima applicazione. A ciò si aggiunga che una serie abbastanza numerosa di rapporti, i quali ora sono indubbiamente di diritto pubblico, in diritto romano erano tutelati da un punto di vista speciale e spesso conducevano a condanne pecuniarie a favore dell'attore, come p. es. avveniva negli interdetti e in alcune azioni popolari. Troviamo poi istituti, ora scomparsi, e rapporti di fronte ai quali sarebbe ora assurdo pensare a una stima dal punto di vista patrimoniale, ma che non può escludersi fossero apprezzati con un criterio diverso, almeno nell'antichità più remota, come la schiavitù, la manus e la patria potestas. Troviamo che la teoria del risarcimento del danno presenta talora in diritto romano delle incertezze e principii non sempre uniformi e costanti [1]); il che dimostra che essa ha avuto un lungo svolgimento storico, il quale trae origine dall'interpretazione data alla *condemnatio* delle formulae delle singole azioni. Troviamo infine che i poteri del giudice non sono sempre gli stessi; talora deve stimare rigorosamente il valore della cosa, che forma oggetto del giudizio, talora invece ha poteri quasi illimitati.

Volendo ricercare se in diritto romano fosse o no ammesso il risarcimento del danno morale, occorre necessariamente tener conto di tutto ciò. Per giungere a risultati per quanto è possibile sicuri, a noi è sembrato che la via migliore fosse quella di tener distinte le singole azioni secondo la *condemnatio* della formula, che ad esse si riferiva. Questa *condemnatio* non è sempre la stessa; in alcune è *in*

[1]) Cfr. Ferrini, *Pandette*, § 455.

Digitized by Google

bonum et aequum concepta, in altre si basa sul valore della cosa, che forma oggetto del giudizio, (*quanti ea res est*, *quanti ea res erit* o *fuit*, etc. o un multiplo di essa), in altre infine s'incontra solo l'espressione: *eius condemna*. In questo modo potremo agevolmente rilevare i criteri che si seguivano nel determinare l'ammontare della condanna nelle singole azioni e potremo anche renderci conto, perchè in certi casi fosse possibile la stima dei danni, dei quali non si poteva tener conto in altre azioni.

II.

Actiones in bonum et aequum conceptae.

4. Alla categoria delle azioni in bonum et aequum appartengono: l'a. iniuriarum, l'a. sepulcri violati, l'a. de effusis et deiectis e l'a. de feris, se restò ferito un uomo libero. Nel diritto antico erano anche in bonum et aequum concéptae l'a. rei uxoriae e l'a. funeraria.[1]) A queste sono quasi certamente da aggiungere delle altre: l'a. negotiorum gestorum, il iudicium de moribus[2]), gli interdetti sulle res divini iuris e religiosae[3]) l'a. si iudex litem suam fecerit[4]), benchè i testi, dai quali risulterebbe che quest' ultima nell' epoca classica fosse in bonum et aequum concepta, siano interpolati[5]).

Dovendo ricercare la natura delle condanne in queste azioni, ci limiteremo all' esame di quelle che risultano con certezza appartenere a questo gruppo, intrattenendoci sopratutto sull' a. iniuriarum che è tra esse la più importante.

[1]) THOMAS, *Nouv. rev. histor. de droit français et étranger*, 1901, p. 542 segg.: SOLAZZI, *La restituzione della dote*, p. 181 segg.; ESMEIN, *Nouv. rev. histor.* 1893, p. 153, n. 4.

[2]) THOMAS, l. c.

[3]) Cfr. p. 227. A nostro avviso è anche in bonum et aequum l'a. in factum: si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur, p. 223, n. 2.

[4]) Cfr. LENEL, *Edit.* trad. Peltier, I, p. 188; THOMAS, l. c.; GIRARD, *Manuel* (3ª ed.), p. 107, n. 7.

[5]) Dig. 50, 13, 6. Inst. 4. 5 pr. L'interpolazione delle parole: 'et in quantum de ea re religione iudicantis visum fuerit poenam sustinebit' è riconosciuta da FERRINI, *Fonti delle Ist.* in *Bullett. dell'Ist. di dir. rom.* XIII, p. 190, e da PERNICE, *Labeo*, 2². 2. 1, p. 169, n. 9.

Digitized by Google

5. Relativamente all'a. iniuriarum dobbiamo fermare la nostra attenzione principalmente su due punti, cioè sull'estensione del delitto di ingiuria e sulla natura della condanna che ivi trovava luogo.

Per quanto concerne il primo punto, è fuori di dubbio che in diritto romano il delitto d'ingiuria ebbe una estensione assai più grande di quella che si attribuisce ai nostri giorni all'ingiuria e alla diffamazione; ciò nondimeno è certamente nel vero Pernice, il quale ritiene che l'a. iniuriarum si contenne nei limiti della *contumelia,* dell'oltraggioso attentato contro la persona [1]).

In origine il delitto d'ingiuria ebbe un contenuto più ristretto. Nelle XII tavole esso comprese principalmente le lesioni all'integrità fisica; tale infatti sembra essere stato il significato della parola *iniuria* nella legge decemvirale [2]).

L'editto pretorio, che sostituì le singole disposizioni della legge delle XII tavole, nella sua forma primitiva si mantenne anche esso in questi limiti: le clausole sul convicium, sull'adtemptata pudicitia, e ne quid infamandi causa fiat, che s'incontrano nell'editto adrianeo [3]), sono certamente più recenti. L'editto primitivo si limitò, riprendendo, come dice Ferrini [4]), il filo dalle XII tavole, alle sole offese all'integrità personale. Deve però notarsi che la formula relativa a tale editto è in intima connessione col fatto di Verazio, narrato da Gellio, perchè, come caso tipico dell'azione, prevede appunto quello di una per-

[1]) PERNICE, *Labeo,* 2², 1. p. 42. Da respingere è quindi, come dimostrò in modo assiuriente lo stesso autore, la nota teoria di IHERING, *Rechtsschutz gegen iniuriosen Rechtsverletzungen* in *Jahrb. fur die Dogmatick des heut röm. und deut. Privatrechts* (1885), il quale ritiene che costituisca iniuria agli effetti della nostra azione l'ingiusta, frivola, temeraria violazione del diritto altrui. Lo stesso deve dirsi della teoria di LANDSBERG, *Iniuria und Beleidigung,* secondo il quale, prescindendo dalle lesioni personali, l'ingiuria consisterebbe nella lesione contraria al diritto di certi interessi d'affezione. Neppure è esatto ciò che afferma WINDSCHEID, *Pand.* § 472, che le fonti ravvisino il delitto d'ingiuria in ogni cosciente violazione del diritto.

[2]) XII tav. (Scholl), 8. 5: 'si iniuriam faxit viginti quinque poenae sunto' è in relazione diretta con le disposizioni intorno all'ossis fractio e alla membri ruptio: il carmen famosum si riporta all'infamia e al flagitium (8. 1). Cfr. GELLIO, 20. 1. 13; PERNICE, *Labeo,* 2², 1, p. 22; FERRINI, *Enciclopedia del diritto penale* diretta da Pessina, I, p. 231; PAUL HUVELIN, *La notion de la iniuria dans le très ancien droit romain* in *Annales de l'Université de Lyon,* 1903.

[3]) LENEL, *Editto,* II, p. 131.

[4]) *Enciclopedia* cit.

Digitized by Google

cossa oltraggiante [1]), il che proverebbe che fin d'allora cominciavasi ad associare all'idea di ingiuria ancor quella di offesa all'integrità morale.

In ogni modo la nostra azione ebbe un rapido svolgimento durante la repubblica. Infatti la lex Cornelia de iniuriis dei tempi di Silla [2]) punì non solo le percosse, ma anche la violazione di domicilio [3]), Cicerone non dubita che al suo cliente Caecina sarebbe spettata l'a. iniuriarum per la violenza subita [4]), e l'auctor ad Herennium riporta al concetto d'ingiuria anche il convicio auris e la turpido (Rhet. ad Herenn. 4. 25. 35): «iniuriae sunt quae aut pulsatione corporis aut convicio auris aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant». Ciò mentre conferma il significato originario della parola iniuria (offesa all'integrità fisica), ci rivela anche il passaggio, oramai compiuto, al concetto di lesione morale.

All' iniziarsi dell' impero l' ingiuria ha raggiunto il suo pieno svolgimento nell' editto e nella giurisprudenza. Labeone conosce e commenta l'editto de iniuriis nella sua interezza [5]); è quindi certo che anteriormente era stato completato con le diverse clausole sul convicium, sull'adtemptata pudicitia, ne quid infamandi causa fiat e sulle ingiurie mediate al servo e al figlio di famiglia [6]). Lo stesso giureconsulto diceva poi generale il primo editto (Dig. 47, 10, 15, 26) e l'interpretava così largamente da ritenere superflua la *clausola* 'ne quid infamandi causa fiat', perchè, anche in questo caso, si poteva agire 'ex generali iniuriarum actione' e, sempre a proposito dello stesso editto, trattava dei requisiti e dei caratteri generali dell'azione in esame (Lenel, *Paling.* Labeo 127-131). La percossa alla faccia, che era il caso normale preveduto nella formula del primo editto [7]), è già da Labeone considerata come ingiuria atroce (Dig. 47, 10, 7, 8); per lui il

[1]) Quod pugno mala percussa est, LENEL, *Editto* II, p. 132. Gellio 20. 1. 13. Veratius..... pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare.

[2]) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 785.

[3]) Dig. 47, 10, 5, pr.

[4]) Cic. pro Caecina, 12. 35.

[5]) LENEL, *Paling.* Labeo, 126-139.

[6]) Però dai pochi fr. di Labeone che ci sono pervenuti non risulta l'esistenza dell'editto 'si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur'; ma ciò deve attribuirsi alla scarsezza dei fr. di Labeone conservati nelle Pandette, perchè lo stesso giureconsulto conosce l'editto relativo alle ingiurie al servo. Dig. 47, 10 15, 46.

[7]) Vedi n. 1.

Digitized by Google

convicium è una ingiuria (Dig. 47, 10, 15, 4); l'azione, che spetta al padrone del servo percosso, si distingue da quella ex lege Aquilia 'quia pertinet ad contumeliam' (Dig. 47, 10, 15, 46; conf. anche: 13, 4) e in generale concepiva l'ingiuria come l'ὕβρις dei giuristi attici [1]).

Un concetto non diverso hanno dell'ingiuria i giureconsulti posteriori. Paolo e Ulpiano nei loro commentari all'editto trattano dell'ingiuria come ne aveva trattato Labeone; ritengono generale il 1° editto e ad esso rannodano la trattazione dei presupposti generali dell'azione (Lenel, *Paling.* Ulp. 1339-1341. Paolo 679). Paolo dopo aver detto che è comune a tutte la ingiurie 'quod semper adversus bonos mores fit id quod non fieri alicuius interest', soggiunge: « hoc edictum [de iniuriis] ad eam iniuriam pertinet quae *contumeliae* causa fit » (Coll. 2. 5. 1.) Similmente Ulpiano scrive a proposito dell'editto de iniuriis: Dig. 47, 10, 1 pr.: « Iniuria ex eo dicta est quod non iure fit: omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc autem generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur *contumelia*..... Iniuriam ex eo dictam quod iure et iustitia caret quasi non iuriam; *contumelia autem a contemnendo* »; e, commentando la legge Aquilia (Dig. 9, 2, 5, 1.): « Iniuria autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem *contumeliam* quandam, sed quod non iure factum est. etc. ».

Il richiamo alla *contumelia* s'incontra così di frequente nelle fonti [2]), che non può dubitarsi che costituisca appunto la caratteristica del delitto d'ingiuria, come del resto emerge chiaramente dai passi di Paolo e di Ulpiano ora citati. E ciò ben a ragione. Infatti secondo il diritto romano il delitto d'ingiuria comprende: le lesioni personali d'ogni specie e la violazione di domicilio (1° Editto. Lex Cornelia de iniuriis); il convicium (2° Editto); l'adtemptata pudicitia (3° Editto); e in generale qualsiasi atto, violi o non violi un rapporto giuridico concreto, quando sia lesivo dell'onore del cittadino (4° Editto). Abbiamo quindi tutta una serie assai numerosa di atti delittuosi, ciascuno dei quali ha caratteri propri [3]) tanto è vero che il diritto moderno distingue

[1]) Coll. 2. 5. 1 e PERNICE, *Labeo*, 2². 1, p. 27.

[2]) Oltre i passi citati, cfr. Gaio, 3. 222; 1. 141; Paolo, Sent. 5. 4. 2; 22; Dig. 47, 10, 7, 7; 15, 24, 48; 33. Inst. 4, 4, 1, 3, 6.

[3]) Ciò spiega la diversità degli editti e delle formule acutamente messe in luce da PERNICE, op. cit. p. 29 segg.

Digitized by Google

in essi figure di reato diverse. Tali atti hanno tutti un carattere comune in quanto sono diretti contro l'integrità fisica o morale della persona. Ma ciò non basta a caratterizzare il delitto d'ingiuria, secondo il diritto romano. Gli attentati più gravi all'integrità fisica e morale, quali l'omicidio, la violenza, lo stupro di persona libera, non furono dal diritto penale romano ricondotti sotto la figura dell'ingiuria; e la ragione deve ricercarsi nel fatto che in questi casi l'attentato è così grave, che eccede i limiti di una semplice *contumelia*. Quindi, come dicevamo, ben a ragione i giureconsulti romani hanno rilevato che ciò che caratterizza l'ingiuria è la contumelia; e ricadono sotto questa figura complessa di reato tutti gli atti delittuosi, che si presentano come un dispregio della personalità fisica o morale del cittadino.

I giureconsulti con sottili ed eleganti applicazioni (conf. Dig. 47, 10, 13, 7; 19, 1, 25; 9, 2, 41, 16, 3, 1, 38; etc.) spinsero questo concetto alle ultime conseguenze, riuscendo ad accordare una tutela di gran lunga più completa e perfetta di quella che assicuri il diritto vigente [1]);

[1]) Un'analisi completa ed esauriente di queste applicazioni è in PERNICE, *Labeo*, 2², 1, p. 33 segg. Per la diretta importanza che hanno per la nostra questione, ci limitiamo ad accennare solo alle cosidette ingiurie mediate. Per le ingiurie arrecate al servo si dà l'a. al padrone, Dig. 47, 10, 15, 35 segg. LENEL, *Edittto*, II, p. 135, e non si ha certo riguardo alla lesione del diritto patrimoniale che con ciò viene commessa (h. t. 25; 15, 46; 9, 2, 27, 28), ma all'offesa che ne risente il padrone; (Gaio, 3. 222; Dig. 47, 10, 15, 47, 48). Analogamente l'a. è concessa al padre per le offese fatte ai figli e alla nuora, e concessa al marito per quelle arrecate alla moglie (Dig. 47, 10, 1, 3, 9. Cod. 9, 35, 2; Gaio, 3. 221; Paolo, 5. 4. 3) e anche allo sposo, forse limitatamente ai casi di attentati al pudore della sposa, (Dig. 47, 10, 13, 24). È poi concessa all'erede per le offese alla memoria del defunto, (Dig. 47, 10, 1, 6; 11, 7, 8 pr.; 14, 3, 5, 8). e al figlio per le offese alla memoria del padre. (h. t. 41). Ma in tutti questi casi si mette particolarmente in rilievo che costoro perseguono un'offesa propria, e più precisamente che l'a. è data per il dispregio del rapporto di podestà o di affetto (Dig. 47, 10, 1, 3, 6; 15, 24; 41; Cod. 9, 35, 2). Nondimeno non è solo l'affetto che giustifica il concedersi dell'a. Se l'offensore ignora che offende un figlio di famiglia o la moglie altrui, il padre o il marito non hanno l'a. (Dig. 47, 10, 18, 4; arg. Paolo. 5. 4. 3; diversamente nell'A. legis Aquiliae Dig. 9, 2, 45, 2) e lo stesso Giustiniano, Inst. 4. 4. 2. esige che i figli siano sotto la podestà del padre: l'emancipazione è d'ostacolo all'a. (Dig. 47, 10, 17, 22). Finalmente la moglie non può agire per le offese arrecate al marito, perchè non è conforme al costume che le donne difendano gli uomini. (Dig. 47, 10, 1. 9; 2; Inst. 4, 4, 2). Quest'ultima considerazione, che ci richiama all'idea della vendetta privata familiare, rivela il carattere di attentato all'onore, che l'ingiuria ha anche in questo caso, perchè è proprio di simili reati il ripercuotersi su tutti i membri della famiglia e in modo speciale sul capo di essa. Cfr. FERRINI, *Enciclopedia* di Pessina, I, p 239.

Digitized by Google

ma non si sorpassarono i limiti della *contumelia*, nè tali applicazioni autorizzano, come ritenne Ihering, a distinguere nella nostra azione una duplice funzione, l'una ideale in quanto tutela la persona in quello che è, l'altra concreta e reale in quanto tutela la persona in quello che ha, cioè ne' suoi rapporti col mondo esteriore. L'a. iniuriarum tutela sempre la persona in quello che è, ma, poichè una tale offesa può compiersi anche violando un rapporto giuridico concreto, l'a. iniuriarum deve necessariamente trovar luogo anche in questo caso ed è data non per la violazione di tale rapporto in sè considerato, ma perchè la violazione stessa, per le circostanze in cui viene compiuta, è giudicata come una *contumelia*, a reprimere la quale è appunto diretta l'a. iniuriarum indipendentemente dall'esistenza o meno di altre azioni o rimedi, che possano competere per la violazione del rapporto giuridico concreto.

6. E, venendo all'altro punto, quello cioè relativo alla natura dell'azione, l'a. iniuriarum aestimatoria era diretta ad una somma di danaro: l'attore stesso determinava quanto credeva gli fosse dovuto (Gaio 3. 224) e poi il giudice ex bono et aequo decideva, tenendo conto di tutte le circostanze che potevano aggravare o diminuire l'ingiuria; trattandosi di ingiurie atroci la stima soleva essere fatta dal pretore [1]).

Questa azione, che sostituì le pene fisse delle XII tavole e le composizioni volontarie, forse introdotte dalla consuetudine in luogo del talione già caduto in disuso [2]), permise al giudice di proporzionare sempre la condanna alla gravità dell'offesa; il giudice valutava l'ingiuria a danaro e faceva una vera e propria aestimatio iniuriae [3]). Tale condanna ebbe però in origine e conservò anche in seguito il suo carattere schiettamente *penale* [4]). Il convenuto soccombente incorre nell'infamia [5]); la somma di danaro, a cui viene condannato, ha nell'epoca classica carattere esclusivamente satisfattorio, serve cioè a

[1]) Gaio, 3. 224; LENEL, *Editto* II, p. 132.

[2]) Gellio, 20. 1. 38; FERRINI (*Enciclopedia* di Pessina), I, p. 232, n. 1.

[3]) Dig. 47. 10, 17, 3, 13; 18, 2; 30, 1; 7, 7; 7, 8; 8; 9, 1; 9, 2; 21; 9, 2, 5, 1. Gaio, 3. 222. 224; Paolo, Sent. 5. 4. 10; Inst. 4, 4, 7, 9.

[4]) Infatti è detta poena in Cic. pro Caecina, 12. 35. Inst. 4, 4, 10, cfr. Dig. 47, 10, 17, 4.

[5]) Dig. 47. 10, 7 pr.: « .... quia *famosam* actionem intendit, etc. »; cfr. h. t. 40 e Paolo, 5. 4. 9.

Digitized by Google

mitigare l'offesa risentita dall'ingiuriato [1]), il che permette che nell'epoca classica la nostra azione possa intentarsi indipendentemente dalle altre azioni di risarcimento che per avventura derivino dallo stesso fatto ingiurioso [2]). Essa anzi pel suo carattere satisfattorio si distingue, come nota Pernice [3]), dalle azioni penali di risarcimento. Infatti è intrasmissibile tanto passivamente quanto attivamente [4]) e non si computa in bonis prima della litis contestatio [5]).

Lo svolgimento storico della nostra azione rivela una spiccata tendenza a rendere possibile il sostituire il giudizio privato e la pena pecuniaria con procedimenti e con pene di altra natura. Già tracce di ciò si hanno con la lex Cornelia de iniuriis, la quale introdusse un procedimento foggiato sul tipo delle quaestiones pubblicae [6]). Questa legge in origine fu applicabile in tre casi: quod quis pulsatus, verberatusve domusve eius vi introita sit Dig. 47, 10, 7 pr., ma ben presto fu estesa al libello famoso [7]) e poi con costituzioni imperiali ad altri casi di infamatio più gravi (Dig. 47, 10, 37, 1). Quindi, poichè indubbiamente il giudizio ex lege Cornelia esclude l'a. aestimatoria e viceversa [8]), abbiamo che fin dall'epoca classica nei casi suddetti, se l'offeso lo pre-

[1]) Cic. pro Caecina, 12. 35: « .... dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat ». Dig. 47, 10, 17, 22: « ... ultionem iniuriarium suarum eripi.. »; h. t. 15, 46 (a. iniur.) « pertinet ad contumeliam ... »; 37, 6, 2, 4 (a. iniur.) « magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem ». Cfr. anche 47, 10, 2; 17, 4.

[2]) Dig. 47, 10, 15, 46; 9, 2, 5, 1; 6, 1, 15 pr.; 48, 5, 6 (int.); PERNICE, *Labeo*, 2². 1, p. 46, n. 1. Un diverso criterio vale per il diritto giustinianeo (ALIBRANDI, *Opere*, I, pag. 163; EISELE, *Archiv für die civ. Praxis* LXXIX. pag. 372 seg.). Il fr. di Paolo, Dig. 44, 7, 34 pr. (interpolato ALIBRANDI, op. cit. pag. 196) non prova, come crede MINOZZI (op. cit. pag. 99, 100), che l'a. iniuriarium possa annoverarsi tra le azioni di risarcimento. Cfr. PERNICE cit. pag. 46.

[3]) PERNICE, *Labeo*, 2². 1, p. 43.

[4]) Dig. 47, 10, 13 pr ; 35, 2, 32.

[5]) Dig. 47, 10, 28; 35, 2, 32; PERNICE, *Labeo*, 2². 1, p. 43.

[6]) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 803; FERRINI, *Enciclopedia* cit. I, p. 234.

[7]) Dig. 47, 10, 5, 9-11; 6. Il S. C., al quale ivi si accenna, pare sia dei tempi di Augusto (MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 800) e pare si riferisca al libello famoso anonimo (47, 10, 6 pr.).

[8]) Dig. 47, 10, 6: « Plane si actum sit publico iudicio denegandum est privatum, similiter ex diverso ». Il passo delle Inst. 4, 4, 10 deriva forse da Marciano, Inst. lib. 14 ad legem Corneliam (Dig. 47, 10, 37. 1 FERRINI, *Fonti delle Istituzioni* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIII, p. 190). Si avverta che il fr. 7 § 1 h. t. non si riferisce al concorso tra l'a. iniuriarum e il iud. ex lege Cornelia de iniuriis, ma tra quella e il iud. ex lege Cornelia de sicariis et veneficiis.

Digitized by Google

ferisce, può farsi luogo a un giudizio quasi pubblico, il quale nel caso di libello famoso fa anche incorrere nell' intestabilità [1]).

Nel diritto posteriore spetta naturalmente ancora l'a. pretoria, ma in molti casi si concede di procedere extraordinem e s' infliggono pene di carattere pubblico [2]). Si cominciò dai casi più gravi: ma già Ermogeniano si esprime a tale riguardo in termini assai lati. (Dig. 47, 10, 45).

Al tempo di Giustiniano è riconosciuto che si possa agire sempre in tal modo: Inst. 4, 4, 10: « in summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter » [3]). La pena pubblica sostituisce quella privata e non può dubitarsi che l'attore non può agire nell'uno e nell'altro modo, ma può solo scegliere o l'azione privata o il procedimento criminale. In conclusione il principio, che domina nel diritto giustinianeo, è che la pena pubblica può sostituire completamente quella privata dell'a. iniuriarum aestimatoria e la sostituisce effettivamente, se l'attore lo vuole.

7. Sotto più aspetti simile all'a. iniuriarum è l'a. sepulcri violati, la quale compete al titolare dello ius sepulcri contro colui che dolosamente violò la sepoltura [4]). L'azione è in bonum et aequum concepta [5]). e il giudice ha una grande libertà di apprezzamento, che gli permette di tener conto non solo del danno materialmente dato al sepolcro [6]), ma anche della temerarietà dell'agente e dell' ingiuria da lui arrecata [7]).

[1]) Dig. 47, 10, 5, 9.

[2]) Un' enumerazione copiosissima di questi casi è in MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 807.

[3]) Deve appena essere rilevato che qui la parola 'civiliter' non significa (come sembra ritenere GIORGI, *Obbligazioni*, vol. V (5ª ed.), p. 248) che l'azione sia civile nel senso che siamo soliti di attribuire a tale parola nel diritto moderno. La parola civiliter s' incontra anche in Dig. 47, 10, 37, 1; in Paolo, Sent. 5. 3. 4, e in moltissimi altri testi e significa che il procedimento è *civile privato*, o, come dice esattamente DIRKSEN (*Manuale lat.* voc *civiliter*, § 3) 'secundum ordinem iudiciorum privatorum' in antitesi al procedimento criminale. L'azione, anche se è esperita *civiliter*, resta naturalmente *penale*, tanto è vero che il passo delle Inst. continua: « et si quidem civiliter agatur, aestimatione, secundum quod dictum est, facta POENA imponitur ».

[4]) Dig. 47, 12, 3 pr.

[5]) LENEL, *Editto*, I, p. 263.

[6]) Di questo danno non si poteva chiedere il risarcimento con l'a. legis Aquiliae, trattandosi di res religiosa; cfr. 2. p. t.

[7]) Dig. 47, 12, 3, 8: « qui de sepulcri violati actione iudicant aestimabunt, qua tenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius qui violavit vel ex damno quod contigit, vel ex temeritate eius qui fecit ».

Digitized by Google

La condanna comprende indubbiamente l'interesse [1]) tanto patrimoniale quanto morale dell'attore ed ha carattere satisfattorio, come l'a. iniuriarum [2]).

Ma quest'azione è certamente penale: infatti esige il dolo [3]), il convenuto soccombente incorre nell'infamia [4]), è popolare [5]). In fine essa, ancor più spiccatamente dell'a. iniuriarum, tende nel diritto imperiale ad essere sostituita con pene di carattere pubblico. Un fr. di Macro (Dig. 47, 12, 8), riproducendo forse un'interpretazione di qualche giurista anteriore [6]), accenna alla possibilità di agire in caso di violato sepolcro con la legge Giulia de vi privata [7]). Ma, indipendentemente da ciò, i casi più gravi avevano già richiamato l'attenzione degli imperatori, i quali non avevano tralasciato di comminare pene assai severe [8]) e al tempo di Macro il violatum sepulcrum doveva per regola costituire un crimen extraordinarium [9]). Del resto non può dubitarsi che così è considerato nel diritto postclassico e nella compilazione giustinianea. Infatti nel codice teodosiano (9. 17) e in quello giustinianeo (9, 19) non v'è alcuna menzione dell'a. pretoria; nelle Pandette il titolo de sepulcro violato (47, 12) segue immediatamente quello de extraordinariis criminibus (47, 11). L'a. pretoria però perdura tuttora [10]); ma anche qui, come nell'a. iniuriarum, essa esclude la procedura criminale e viceversa [11]).

8. Alla categoria delle actiones in bonum ed aequum conceptae appartengono poi, come dicemmo, l'a. de feris e l'a. de effusis et deiectis

[1]) Dig. 47, 12, 3, 8: « .... aestimabunt quatenus intersit »; h. t. 3, 9: « in id quod unius cuiusque interest agitur ».

[2]) Dig. 47, 12, 6 e 10.

[3]) Dig. 47, 12, 3 pr. 1.

[4]) Dig. 47, 12, 1 ... sepulcri violati actio infamiam irrogat.

[5]) Dig. 42. 12, 3, 12; in questo caso l'a. e diretta a una pena fissa, h. t. 3 pr.

[6]) Così FERRINI nell'*Enciclopedia di dir. pen.* di Pessina, I, p. 334.

[7]) Evidentemente per errore nel fr. cit. si legge 'ad legem Iuliam de vi publica', cfr. LENEL, *Paling.* Macer. 16, n. 1.

[8]) Cfr. p. e. Dig. 47, 10, 3, 4. 5, 7. etc.

[9]) FERRINI, l. c.

[10]) Dig. 47, 12, 9. Confr. LENEL *Paling.* Macer 29, 30, 31, 32.

[11]) L'anonimo annotatore dei Basilici dice (HEIMBACH. 60. 23. 14, scolio 4): Ἡ παλαιὰ τιμωρία, ὡς ἀνήνεκται ἐν τῷ μζ΄. βιβ. εἰ μὲν χρηματικῶς κινήσει τις, εἰς, τὸ διαφέρον κινεῖται· εἰ δὲ ἐγκληματικῶς, ἔξτρὰ ὀρδινεμ ἔχει τὴν τιμωρίαν. [Antiqua poena, ut relatum est libro 47, si agatur civiliter, est, ut agatur in id quod interest; si criminaliter extra ordinem poena irrogatur].

Digitized by Google

se restò ferito un uomo libero [1]) e nel diritto più antico l'a. rei uxoriae e l'a. funeraria. Se si eccettua l'a. derivante dall'editto de feris [2]) a nessuna delle altre fu estesa la procedura extra ordinem.

L'a. rei uxoriae e funeraria perdettero anzi ben presto il carattere penale primitivo; di esso non restò che qualche traccia e nel diritto giustinianeo, benchè non sia da escludere in modo assoluto che di fronte a tali azioni il giudice avesse una certa libertà di apprezzamento, appaiono più che altro dirette a tutelare interessi d'indole patrimoniale [3]). Ma certamente in origine non fu così, perchè anche queste azioni ebbero per iscopo di reprimere più che altro offese contro la persona ed ebbero carattere satisfattorio, come l'a. iniuriarum e l'a. sepulcri violati [4]).

Uno svolgimento storico non dissimile si è, a nostro avviso, verificato, benchè meno compiutamente, anche per l'a. de effusis et deiectis.

Da un testo di Gaio risulterebbe che il viandante ferito ha solo diritto alle spese di malattia e di cura e al risarcimento per le opere mancate, ma non ha diritto a nessun indennizzo per le cicatrici e le deformità, perchè il corpo dell'uomo libero è inestimabile: Dig 9, 3, 7: « *Gaius libro sexto ad Edictum prov.* Cum liberi hominis corpus ex eo quod deiectum effusumve quid erit laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum [aestimationem Mommsen] quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem ».

Occorre appena rilevare che trattandosi di un'a in bonum et aequum [5]) non si capisce, perchè dovesse far difficoltà la stima del corpo umano, mentre vedemmo che la formola dell'a. iniuriarum rendeva possibile al giudice l'aestimatio delle lesioni personali e di danni non stimabili a danaro si teneva pur conto nell'a. sepulcri violati,

[1]) Dig. 21, 1, 42; Inst. 4. 9, 1. Dig. 9, 3, 1 pr. Inst. 4, 5, 1.

[2]) A. de feris, Paolo Sent. 1. 15. 2; il richiamo alla procedura extraordinem in Dig. 9. 3. 1, 8 è dovuto ai compilatori (FABER, *Rationalia* ad hanc leg.).

[3]) SOLAZZI, *La restituzione della dote*, p. 188 segg., p. 194; SAVIGNY, *Sistema*, II, § 71, n. i; cfr. però infra, p. 260.

[4]) SOLAZZI, op. cit., p. 184; THOMAS, *Nouvelle revue historique*, 1901, p. 551 sgg.

[5]) Dig. 9, 3, 1.

Digitized by Google

nell'a. rei uxoriae e nell'a. funeraria. Nè varrebbe opporre il carattere delittuoso dell'iniuria e del violatum sepulcrum, perchè è noto che in origine anche l'obbligazione dell'habitator fu considerata come nascente da delitto [1]). È perciò verosimile pensare che anche qui da principio la condanna fosse liberamente rimessa all'apprezzamento del giudice. Ciò del resto trova conferma nel fatto che l'a. de effusis, data se il viandante restò ferito, non solo è penale ma è anche intrasmissibile attivamente. Questa intrasmissibilità attiva è da Ulpiano giustificata con la considerazione che in tale caso trattasi di risarcire un danno di natura non patrimoniale: Dig. 9, 3, 5, 5:

.... « Sed si libero nocitum sit ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarum, nam ex bono et aequo oritur ».

Non può dubitarsi che l'intrasmissibilità attiva dell'azione fu dai giuristi classici ritenuta come propria delle azioni di soddisfacimento, delle azioni cioè nelle quali si tiene conto di pregiudizi non patrimoniali [2]). Invece le spese di malattia e di cura e il risarcimento per le opere mancate non hanno tale carattere, perchè possono richiedersi anche con azioni prettamente reipersecutorie come p. e l'a. locati [3]).

Deve infine tenersi presente che se per il caso di ferite arrecate al viandante sembrò necessario ricorrere a un'a. in bonum et aequum,

[1]) KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 1357 e ora PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, p. 145: PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, II, p. 75 e 77 segg., aveva già dimostrato che nel diritto classico l'a. era nossale. Cfr. anche PERNICE, *Labeo*, 2². 2, 1 p. 51.

[2]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, 2². 1, p. 43. Inst. 4. 12. 1: « .... sed heredibus huiusmodi actiones (poenales) competunt, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur », e il noto passo di Gaio, Dig. 11. 7. 9: « Unde miror quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in ea deducitur » Il testo si riferisce all'a. in factum 'si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur', e anche quest'azione dovette essere in bonum et aequum concepta. Ciò potrebbe dedursi oltre che dalla intrasmissibilità attiva, anche dal considerare che difficilmente si sarebbe potuto far ricorso in questo caso ad una formula al quanti ea res est perchè ripeteremo con PERNICE l. c. n. 4, chi impedisce la sepoltura in un determinato luogo offende con ciò la memoria del defunto e colui che procede al seppellimento. Cfr. infra. pag. 227.

[3]) Cfr. infra, p 258, n. 3.

Digitized by Google

diversa da quella stabilita per i danni arrecati alle cose del viandante che è al quanti ea res est dupli [1]), è ovvio dedurne che il risarcimento che si voleva assicurare nel primo caso non si sarebbe potuto richiedere con la formula stabilita per il secondo. Invece le spese di malattia e di cura e il risarcimento per le opere mancate spettano anche con azioni al quanti ea res est [2]).

Adunque tutto induce a ritenere che nell'a. de effusis et deiectis, al pari delle altre azioni in bonum et aequum conceptae, la condanna fu in origine liberamente rimessa all'apprezzamento del giudice ed essa ebbe più che altro per iscopo di risarcire danni d'indole non patrimoniale e più precisamente l'offesa arrecata alla persona del viandante [3]). In seguito svoltisi i concetti del dolo e della colpa la responsabilità dell'habitator fu diversamente apprezzata [4]), si attenuò il carattere penale primitivo dell'a., che venne così per il suo contenuto ad avvicinarsi alle azioni reipersecutorie o a quelle penali di risarcimento [5]).

Non è certo senza importanza per noi l'aver costatato che nell'a. de effusis et deiectis la difficoltà della stima delle ferite e delle cicatrici arrecate all'uomo libero sorge soltanto, quando nell'a. stessa si viene attenuando il carattere penale primitivo.

9. Lo svolgimento storico delle azioni in bonum et aequum conceptae, che abbiamo cercato di mettere in luce in questo capitolo, ci

[1]) Dig. 9, 3, 1 pr.

[2]) Arg.: a. legis Aquiliae utilis. pag. 233 segg.

[3]) Di contrario avviso è FADDA, *Azione popolare*, I, p. 256.

[4]) Dig. 44, 7, 5, 5, Inst. 4, 5, 1.

[5]) Benchè il testo in questione non presenti indizi sicuri di interpolazione è difficile ammettere che la trasformazione sia avvenuta nell'epoca classica. Infatti, se dovesse risalire a Gaio la trasformazione ora indicata, è assai probabile che l'editto adrianeo non avrebbe conservato la pena del doppio per i danni arrecati alle cose del viandante, Dig. 9, 3, 1. nè Ulpiano avrebbe potuto mettere in rilievo il carattere non patrimoniale della nostra azione (9, 3, 5, 5), tanto più che ai suoi tempi poteva agirsi con l'a. legis Aquiliae utilis per le ferite arrecate all'uomo libero, Dig. 9, 2, 13; 5, 3; 6; 7 pr., cfr. p. 233. In ogni modo deve verosimilmente ritenersi come una aggiunta dei bizantini la frase finale cicatricium autem ecc. perchè le parole finali del § 1 del titolo delle Inst. de oblig. quae quasi ex delicto nascuntur, (4, 5, 1) derivano indubbiamente da Gaio, Dig. 9, 3, 7; ma nelle Inst. manca appunto l'aggiunta: 'cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus aestimationem non recipit'. Se il testo gaiano le avesse contenute, sarebbero state riprodotte nelle Istituzioni.

Digitized by Google

permette di formarci un'idea esatta sulla natura della condanna pecuniaria che in esse trova luogo. In origine sono tutte azioni pretorie, in factum, penali, attivamente e passivamente intrasmissibili; in esse si tiene conto, se non esclusivamente, almeno principalmente di danni di natura non patrimoniale: esse hanno tutte carattere satisfattorio e tendono a reprimere più che altro offese arrecate alla persona [1]. Tale repressione però avviene da un punto di vista esclusivamente penale; la condanna pecuniaria qui non è altro che la forma primitiva della pena privata. In seguito quelle azioni le quali derivano da atti, che ancora nel diritto ultimo sono considerati come delittuosi, quali l'iniuria, il violatum sepulcrum, le contravvenzioni all'editto de feris, tendono ad essere sostituite con pene di carattere pubblico o almeno è data la scelta all'offeso tra queste e la pena pecuniaria. Le altre azioni che, secondo i concetti prevalenti nel diritto ultimo, derivano da fatti non più ritenuti delittuosi, non solo non sono sostituite da pene di carattere pubblico, ma o divengono azioni quasi reipersecutorie come l'a. rei uxoriae e l'a. funeraria, o, pur restando azioni penali come l'a. de effusis, la condanna si limita ai soli pregiudizi d'indole patrimoniale e fa difficoltà la stima di ciò che non è valutabile a danaro. Tutto ciò dimostra in modo esauriente che nell'a. in bonum et aequum conceptae la stima dei danni d'indole non patrimoniale avviene da un punto di vista esclusivamente penale e che in essa tale stima in tanto è possibile in quanto trattasi di determinare l'ammontare di una pena.

III.

Formule al « quanti ea res est ».

Assai più numerose delle azioni in bonum et aequum conceptae sono quelle, le quali nell'epoca classica ebbero una formula con la condemnatio al quanti ea res est (o fuit o erit), quanti ea est plurimi e simili. Tra queste troviamo azioni rei persecutorie e penali, azioni civili e pretorie, ed interdetti.

[1] Ciò è dimostrato con buoni argomenti da THOMAS, *Nouv. revue hist.* 1901, p. 545 segg.

Digitized by Google

Trattandosi di rimedi giuridici tanto diversi, occorre fare parecchie distinzioni.

10. Cominciamo dagli interdetti. Pur ritenendo con l'opinione oramai prevalente che negli interdetti l'arbitratus non desse luogo nell'epoca classica all'esecuzione diretta [1]), non fanno difficoltà per la nostra questione gli interdetti dati a tutela di rapporti patrimoniali. Tanto nella procedura per formulam arbitrariam che nel iudicium secutorium la condanna veniva determinata in base al quanti ea res est [2]) e, benchè ci siano rimaste tracce di dispute fatte dai giureconsulti sul significato più o meno esteso da dare a tale espressione [3]), non v'è motivo di ritenere che la condanna comprendesse anche il risarcimento di danni non patrimoniali.

Ma accanto a questi interdetti se ne trovano molti altri, i quali non presuppongono nell'attore un interesse patrimoniale. Tali sono, secondo una distinzione fatta da Paolo Dig. 43, 1, 2, 1, gli interdetti divini iuris et de religione [4]); gli interdetti ad publicam utilitatem pertinentia [5]); gli interdetti iuris sui tuendi causa [6]) e finalmente l'interdetto, officii causa, de homine libero exhibendo. Una gran parte di essi sono popolari. A questa serie abbastanza numerosa di interdetti devesi aggiungere poi l'interdetto quod vi aut clam, il quale compete indubbiamente in certi casi anche a chi ha solo un interesse morale: le fonti ce ne hanno conservato eleganti applicazioni [7]).

[1]) Ubbelohde, *Interdetti* (Glück, *Pand.*, serie dei libri 43-44) II, p. 134 sgg.; Fadda, *Azione popolare*, I, p. 267; Girard, *Manuel* (3ª ed.), p. 1043, n. 1.

[2]) Ubbelohde, op. cit. II, p. 134 sgg.; Fadda, *Azione pop.* p. 267; Lenel, *Editto* (trad. Peltier), II, p. 188 sgg.

[3]) Dig. 43, 17, 3, 11; 43, 16, 6.

[4]) Lenel, *Editto* II, p. 200 sgg.

[5]) Fadda, op. cit. p. 50; all'elenco ivi riferito devesi aggiungere l'int. ne quid in loco publico (Dig. 43, 8, 2 pr., Lenel, *Editto* II, p. 203), che non è popolare; (Fadda, op. cit. p. 89).

[6]) «...int. de liberto exhibendo; int. de liberis exhibendis item ducendis (de uxore exhibenda ac ducenda)». Dig. 43. 30; Gaio 4. 162; Lenel, II. *Editto*, 235, 236.

[7]) Così anche Pernice *Labeo*, 3. p. 177. Cfr. Dig. 43, 24, 16, 1; 11, 2; 13, 5; 15, 2; 22, 4; 47, 12, 2, e sopratutto 43, 24, 11, 1. In questo caso la statua appartiene al municipio 41, 1, 41. (Pernice, *Labeo*, 1, p. 280) e i municipes hanno la reivindicatio, come, secondo le circostanze, può loro spettare l'a. furti (43, 24, 11, 1), l'a. legis Aquiliae arg. Dig. 47, 12, 2 e rimedi amministrativi per impedire che venga tolta arbitrariamente (Dig. 41, 1, 41), quindi colui, in onore del quale è posta la statua, ha solo un interesse morale che non venga rimossa e questo interesse è sufficiente perchè gli sia dato l'interdetto.

Digitized by Google

Dovrà ritenersi che anche in questi interdetti si avessero formule al quanti ea res est e, in tale ipotesi, può ammettersi che la condanna sia stata determinata in base all'interesse morale dell'attore?

A nostro avviso può con sufficiente certezza escludersi che fossero al quanti ea res est gli interdetti relativi alle res divini iuris. Il considerare che mentre tale condemnatio avrebbe portato, almeno nei tempi più antichi, a determinare la condanna in base al prezzo di mercato della cosa e che ciò non sarebbe stato possibile, perchè trattavasi di cose sottratte al commercio, acquista qui un valore speciale, perchè risulta che Ulpiano, commentando appunto le formule relative all'interdetto ne quid in loco sacro, rilevò che le cose sacre non erano stimabili a danaro [1]). E se ciò, a giudizio di Lenel, non basta per stabilire che in questi interdetti siasi ricorso a una condemnatio in bonum et aequum concepta [2]), può aggiungersi che un'azione di tal genere dovette essere quasi certamente anche quella in factum: si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur [3]) ed è quindi verosimile che una condemnatio non diversa trovasse luogo nell'interdetto corrispondente.

Invece non può escludersi che fosse al quanti ea res est la condanna nell'interdetto quod vi aut clam, in quelli pertinenti ad publicam utilitatem e forse anche in quelli iuris sui tuendi causa e nell'interdetto de homine libero exhibendo.

Nell'interdetto quod vi aut clam Paolo ci attesta che de re familiari agitur: Dig. 48, 1, 4; e la condanna di questo interdetto è nei testi ravvicinata a quella dell'interdetto unde vi (Dig. 43, 16, 15), che era indubbiamente al quanti ea res est [4]). Per quanto concerne gli interdetti pertinenti ad publicam utilitatem, non solo non risulta che la condanna fosse diversa, ma al quanti ea res est sono dirette anche altre azioni popolari, con condanna sia a favore della cassa pubblica, sia a favore dell'attore [5]) e il trovare che in tre testi [6]), si fa men-

[1]) Dig. 1, 8, 9, 5. Ulp. libro 69 ad Edictum «... res sacra non recipit aestimationem ». Cfr. LENEL, *Paling.* Ulp. 1487.

[2]) LENEL, *Editto* II, pag 188, n. 4.

[3]) Dig. 11. 7. 9. cfr. quanto dicemmo a p. 223, n. 2.

[4]) LENEL, *Editto* II, p. 212.

[5]) Lex Malacitana 62; 67. Lex Ursonensis 75. Dig. 2, 3, 1, 4 su questa cfr. p. 231.

[6]) Dig. 43, 8, 2, 31, 44; 43, 11, 1, 3.

Digitized by Google

zione dell' id quod actoris interest fa pensare a una condanna nei termini ora indicati.

Incertezze di gran lunga maggiori s'incontrano relativamente agli interdetti de liberis exhibendis item ducendis, de uxore exhibenda ac ducenda, de liberto exhibendo e de homine libero exhibendo. Sappiamo solo che al quanti ea res est era la condemnatio della formula arbitraria dell'int. de liberto exhibendo, perchè risulta da Gaio IV, 162, 163. Di fronte agli altri indurrebbe ad ammettere l'esistenza di tale condemnatio il considerare: 1° che il quanti ea res est della formula dell'a. furti non impedì il riconoscimento del furto di persona libera in potestate [1]); 2° che nell'interdetto de homine libero exhibendo parlasi di litis aestimatio (Dig. 43, 29, 3, 13) e questa frase s'incontra assai spesso a proposito di azioni al quanti ea res est [2]). Nè può far molta difficoltà il trovare che Paolo, trattando forse di questi interdetti, rilevasse che: infinita est aestimatio libertatis et necessitudinis [3]), perchè anche Gaio 4. 51 dice *incerta et infinita* la condemnatio al quanti ea res est. Finalmente anche al quanti ea res est è la cautio ratam rem nei giudizi di stato [4]). Non può dunque escludersi in modo assoluto che anche in questi interdetti trovasse luogo tale condanna.

11. Ciò premesso, può senza tema di errare affermarsi che nell' interdetto quod vi aut clam la condanna non fu determinata in base all'interesse morale che, eventualmente poteva avere colui che intentava l'interdetto. Trattandosi d' un interdetto restitutorio, il giudice, in caso d'inesecuzione dell'arbitratus, se l'attore non aveva risentito alcun danno patrimoniale per l' opera compiuta clandestinamente o violentemente, poteva pur sempre condannare il convenuto alle spese, che avrebbe dovuto sostenere l' attore, e ai pregiudizi, che avrebbe dovuto sopportare, per rimettere le cose in pristinum; anche qui è certamente nel vero F. Mommsen [5]), il quale ritiene che l' interesse d' affezione possa essere motivo sufficiente per intentare l' interdetto, ma non influisca sull'ammontare della condanna.

Per quanto concerne la condanna negli interdetti pertinenti a

[1]) Cfr. p. 223.
[2]) Così nell' int. de vi Dig. 43, 16, 1, 13, 41. Gaio, a proposito di azioni reali IV, 89.
[3]) Dig. 50, 17, 176, 1. Paolo lib. 13 ad Plautium. LENEL, *Paling.* Paolo 1192.
[4]) Cfr. infra p. 251.
[5]) MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, p. 130.

Digitized by Google

cose pubbliche, che sono quasi tutti popolari, le fonti non ci offrono un materiale sufficiente per poter riconoscere con certezza i criteri che si seguivano nel determinare la condanna. Questa era all'id quod interest [1]) e con tale espressione fu probabilmente inteso che il convenuto, quando anche non avesse arrecato direttamente alcun danno al cittadino attore, dovesse pur sempre pagare a costui l'ammontare del danno arrecato alla cosa pubblica. In ogni modo, allo stato attuale delle fonti, devesi escludere che tale condanna si determinasse in base all'interesse ideale, che poteva avere il cittadino, perchè risulta con certezza che un tale criterio non si è seguito nelle azioni popolari al quanti ea res est con condanna a favore dell'attore [2]).

E, lasciando da parte gli interdetti relativi alle res divini iuris, poichè, se in esse trovavano luogo formule in bonum et aequum conceptae, la condanna non poteva avere altro carattere che quello di una pena privata liberamente rimessa, quanto al suo ammontare, all'apprezzamento del giudice [3]), una condanna a scopo di soddisfazione occorrerebbe di necessità ammettere negli interdetti iuris sui tuendi causa e nell'interdetto de homine libero exhibendo. Invero, ove si escluda anche in questi la possibilità dell'esecuzione diretta [4]), bisogna necessariamente ammettere che il giudice avesse la facoltà di elevare la condanna con la maggior libertà possibile per poter vincere la resistenza del convenuto [5]).

A noi sembra che il quanti ea res est potrebbe in questi interdetti spiegarsi ammettendo che nè la libertà nè i rapporti di famiglia avessero nei tempi più antichi quell'alto valore ideale, che ebbero nei tempi posteriori e che hanno ai nostri giorni. Già Pernice ha dimostrato ciò per quanto concerne la libertà [6]); le tracce non

[1]) Dig. 43, 8, 2, 34, 44; 42, 11, 1, 3.

[2]) Cfr. p. 231, § 13.

[3]) Cfr. p. 225.

[4]) Cfr. da ultimo FADDA, *Azione popolare*, I, p. 261 segg. e Dig. 43, 29, 3, 13.

[5]) La mancanza d'interesse patrimoniale, che è del resto evidente, risulta espressamente, Dig. 10, 4, 13.

[6]) Le fonti in più luoghi accennano direttamente o indirettamente all'inestimabilità della libertà Dig. 50, 17, 106; 176, 1; Paolo 5. 1. 1; Dig. 45, 1, 103; 40. 7, 9, 2; Inst. 1. 6, 7; cfr. anche Dig. 10. 4. 13; nondimeno si rammenti che: 1) non è nulla la vendita dell'uomo libero: FERRINI, *Pand.* § 443; 2) è possibile l'a. ad exhibendum per la vindicatio in libertatem, conf. pag. 241; 3) qualche volta per necessità si parla

Digitized by Google

lievi, che perdurano ancora nella giurisprudenza classica, dell' antico ordinamento familiare provano che in origine anche la patria potestas e la manus non furono concepite in modo molto dissimile dal dominium [1]. Ciò permise forse che in questi interdetti potesse aversi la condemnatio, propria dei rapporti patrimoniali, al quanti ea res est. La formula stessa sarebbe rimasta poi nei tempi posteriori, quando il concetto della libertà e più ancora quello dei poteri del pater familias vennero a mutarsi, come sono rimaste tante antiche formule, nonostante che fossero radicalmente mutati i principî che ad esse avevan dato origine; però l'antica tradizione, non ancora del tutto scomparsa, e la grande libertà, che aveva indubbiamente il giudice negli interdetti, può aver reso possibile l'aestimatio libertatis et necessitudinis. In ogni modo è certo che questi interdetti, allo stato attuale delle fonti, non ci forniscono un argomento sicuro per ritenere che nelle formule al quanti ea res est potesse tenersi conto del danno non patrimoniale.

12. Le azioni popolari con condanna a favore dell'attore sono in generale dirette a una somma fissa [2]; di quelle in bonum et aequum conceptae (a. de effusis; a. de feris Dig. 9, 3, 1; 21, 1, 42) già dicemmo [3]. Non resta dunque che esaminare quelle con la condanna al quanti ea res est, che sono ben poche.

anche di stima e di prezzo dello schiavo divenuto libero Dig. 40, 12, 30; 5, 2, 26. In ogni modo su questo punto si confrontino le giuste osservazioni di PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 192.

[1]) Conf. Girard, *Manuel* (3ª ed.), p. 153. La patria potestà è detta inestimabile, e in caso di furto di persona libera non si dà la condictio. Dig. 30, 114, 8; 47, 2, 38, 1. Ma: 1) L'uso di vendere i propri figli continua con grande persistenza anche nel dir. ultimo non ostante le penalità che lo colpiscono. Cfr. i testi cit. in FERRINI, *Pand.* § 48. — 2) Fin nel dir. giustinianeo è riconosciuto il furto delle persone libere in potestate. Cfr. p. 233. — 3) L'actio fiduciae fu verosimilmente estesa ai rapporti di famiglia dopo che era stata introdotta in quelli patrimoniali. PERNICE, *Labeo* III, p. 127. — 4) Ulp. dice ancora possibile ai suoi tempi la « vindicatio filii adiecta causa ». Dig. 6, 1, 1, 2. Può forse anche notarsi che, mentre a proposito degli interdetti relativi a cose sacre o religiose, si dice che queste « nullam aestimationem recipiunt » p. 227. Paolo a proposito degli interdetti in esame ammette la possibilità di una stima, per quanto infinita: « infinita est aestimatio libertatis et necessitudinis ». Dig. 50, 17, 176, 1, LENEL, *Paling.* 1192. Cfr. anche Dig. 46, 8, 8, 2, e su questa pag. 252.

[2]) FADDA, *Azione popolare*, I, p. 250, 269.

[3]) Pag. 221, § 8.

Digitized by Google

Popolare e al quanti ea res est è l'a. si quis ius dicenti non obtemperaverit [1]) e risulta che il quanti ea res est fu qui interpretato letteralmente anche in tempi posteriori. Dig 2, 3, 1, 4:

« Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur » [2]).

La condanna non si commisura all'interesse dell'attore, ma si limita al prezzo della cosa che forma oggetto del giudizio. È verosimile pensare che in tal modo si volle impedire che sfuggisse alla condanna chi non aveva ubbidito agli ordini del iusdicente, quando da tale disobbedienza non fosse derivato alcun danno [3]).

Sono anche al quanti ea rest est le antiche azioni popolari al quadruplo cioè: l'azione per giuochi proibiti, l'azione per esazione di usure illecite, l'a. ex lege Furia testamentaria e forse anche il iudicium legis Pretoriae [4]). Anche in queste la condanna non dovette esser determinata in modo diverso. Nulla risulta espressamente a tale riguardo dalle poche notizie che possediamo su di esse, ma, che la condanna fosse al quadruplo della somma illegalmente percepita, può dedursi dal fatto che originariamente queste azioni si facevan valere con la manus iniectio pura e sarebbe stato perciò impossibile un diverso criterio di stima. Si aggiunga che, come ora vedremo, nelle azioni penali, dirette a un multiplo del quanti ea res est, la condanna, almeno nei tempi più antichi, non si determinò in base all'interesse dell'attore.

Quindi nelle azioni popolari al quanti ea res est la condanna si determina in modo indipendente dall'interesse morale, che può avere il cittadino che intenta l'azione a vantaggio della comunità.

13. Per il tempo più antico risulta che in alcune delle azioni penali il quanti ea res est fu interpretato assai restrittivamente.

Così ci è attestato che in origine nell'a. legis Aquiliae il quanti

[1]) Dig. 2, 3, 1, 4. Sulla popolarità di questa azione cfr. FADDA, op. cit. p. 31 LENEL, *Editto*, I, p. 57, 58, n, 1.

[2]) Cfr. anche Dig. 50, 16, 179 il quale ultimo fr. è forse da riferire alla stessa azione. SAVIGNY, *Sistema* V, app. XIII, 13; LENEL, *Paling.* Ulp. 2986.

[3]) Questo concetto s'incontra a proposito dall'a. ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat, dove però la stima è fatta dall'attore Dig. 2, 7, 5, 1. La lex Ursonensis 129 in un caso simile stabilisce una pena fissa.

[4]) FADDA, op. cit. p. 18 sgg.

Digitized by Google

id fuit e il quanti ea res erit si computò secondo il valore della cosa danneggiata e solo più tardi si cominciò a tener conto anche del danno indiretto [1]).

L'actio furti nel diritto più antico prese per base della pena il verum rei pretium della cosa rubata [2]).

Neppure può farsi risalire molto indietro quanto Giuliano insegna per l'a. quod metus causa, che cioè per calcolare la pena del quadruplo si deve prendere per base l'id quod interest (Dig. 4, 2, 14, 14). Infatti Ulpiano dice ancora in modo generale rispetto alla stessa azione: 'quadruplatur autem id quanti ea res erit id est cum fructibus et omni causa' [3]) e d'altra parte Paolo insiste nel dimostrare che contro colui, il quale fece la traditio del possesso di un fondo non suo, l'a. quod metus causa è diretta al quadruplo o al simplo non del valore del fondo, ma di quello del possesso e conforta il suo asserto, adducendo anche l'opinione di Pomponio: Dig. 4, 2, 21, 2. La cura che pone Paolo nel dimostrare tutto ciò, rivela che, almeno in passato, v'era stata la possibilità di una diversa condanna; non è superfluo a questo proposito ricordare che Servio riferiva al valore del fondo, anzichè a quello del possesso, il quanti ea res est dell'interdetto uti possidetis; Dig. 43, 17, 3, 11: «Servii est sententia existimantis tanti possessionem aestimandam quanti ipsa res est».

Ai tempi di Nerazio nell'a. servi corrupti, che è al quanti ea res est dupli, si poneva a base della condanna solo il minor valore che aveva il servo a cagione della corruzione e ai tempi di Ulpiano, era ancora controverso se si dovesse risarcire al padrone il danno indiretto [4]).

[1]) Inst. 4, 3, 10; Collatio 2, 4, 1; Dig. 9, 2, 21, 2. SAVIGNY, *Sistema*, V, app. 12. 2. FERRINI, *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 287.

[2]) Dig. 47. 2. 50: «In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur sed rei verum pretium». Appartiene al diritto giustinianeo il principio che la base della penalità debba essere l'id quod interest, tutte le volte almeno che non fosse inferiore al verum rei pretium: i testi furono all'uopo interpolati p. e. Dig. 47, 2, 81, 1. o furono riferiti dall'a. furti quelli che trattavano della condictio furtiva (47, 2, 67, 1); PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, I, p. 121 sgg.; FERRINI, *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 179.

[3]) Dig. 4, 2, 14, 7. Come è noto, l'omnis causa non coincide con l'id quod interest: MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* II, p. 43. Nelle Pandette il testo cit. sembra sia stato rimosso dal luogo primitivo: LENEL, *Paling.* Ulp. 378.

[4]) Dig. 11, 3, 9, 2. 3; cfr. anche 11, 3, 11 pr., ma il testo è certamente guasto, come aveva già rilevato FABRO, *Conjecturae*, V, 8. Cfr. ora LENEL, *Paling.* Ulp. 703.

Digitized by Google

14. È facile intendere che, finchè prevalsero criteri così restrittivi nell'interpretazione del quanti ea res est rispetto alle azioni penali, non si poteva tener alcun conto del danno non patrimoniale. Ma fu così anche in seguito, quando la maggior parte di queste azioni presero per base della pena l'id quod interest.

Valgano all'uopo le osservazioni seguenti:

1. La mancanza d'interesse patrimoniale rende improponibile in caso di sottrazione di documenti l'a. furti [1]) o almeno questa resta limitata al pretium tabularum [2]). L'azione stessa, in tanto può esperirsi pel furto di persone libere in potestate [3]), in quanto il padre di famiglia consegue con essa il risarcimento del danno patrimoniale indiretto, che da tal furto viene a risentire [4]).

2. L'a de pauperie, se l'animale ferì un uomo libero, è limitata alle sole spese di malattia e di cura e al risarcimento per le opere mancate [5]).

3. L'a. legis Aquiliae sarebbe stata inapplicabile alle ferite arrecate all'uomo libero, perchè dominus membrorum suorum nemo videtur (Dig. 9, 2, 13 pr.); nondimeno l'a. fu estesa utiliter anche a questo caso [6]). Tale estensione sembra risalga a Giuliano [7]); essa appare anche nota a

[1]) Così forse Ulp. Dig. 47, 2, 27, 1. « ... quantum enim interest cum possit debitum aliunde probare?... 2. ...sed nihil videtur interesse si sint et aliae probationes solutae pecuniae ».

[2]) Dig. 47, 2, 32. pr.

[3]) Gaio 3. 199: Dig. 47, 2, 14, 13; 38 pr., 1; Inst. 4, 1, 9.

[4]) Ciò risulta espressamente dai Basilici (Heimbach) 60, 12, 38, 1, 2. Più palese è la cosa per l'adiudicatus e l'auctoratus dei quali parla Gaio 3. 199.

[5]) Dig. 9, 1, 3. Gaius libro septimo ad ed. prov.: « Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: (scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissurarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus »). Il testo è però interpolato nella parte chiusa tra parentisi. Grupe, *Zeitschrift der Savigny Stiftung* N. F. XVII. p. 316.

[6]) Dig. 9, 2, 5, 3; 6; 7 pr; 13 pr.; 7, 4. (int. vedi infra p. 234, n. 3); 17, 2, 52, 16; 19, 2, 13, 4.

[7]) Dig. 9, 2, 5, 3; 6; 7 pr. Ferrini, *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 315 pensa che l'introduzione di questa a. utilis risalga alla scuola papinianea, perchè dalla legge 5 § 3, non risulta che fosse nota a Giuliano (cfr. Dig. 19, 2, 13, 4), ma le parole della legge 7 pr. 'qua actione consecuturum ait' letteralmente debbono riferirsi a Giuliano. In questo senso Pernice, *Labeo*, 2². 2, 1 p. 4), n. 1; ma nè l'uno nè l'altro scrittore tengono conto del fr. di Ulp. Dig. 17, 2, 52, 16.

Digitized by Google

Nerazio: Dig. 17, 2, 52, 16. È verosimile, che sia stata concessa prima al padre di famiglia per le ferite arrecate al figlio in potestate, e poi direttamente alla persona danneggiata. Ma anche tale azione utile resta rigorosamente limitata al danno patrimoniale indiretto [1]).

L'azione stessa competerà in caso di uccisione all'erede o ai più prossimi parenti dell'ucciso? Non ostante il contrario avviso del Pampaloni [2]) a noi sembra che ciò possa escludersi con tutta certezza. Infatti nei testi non solo non si fa mai parola espressamente dell'a. utile in caso d'uccisione, ma nella legge 7 § 4 di questo titolo, che però presenta indizi evidenti di numerose interpolazioni [3]), si ha cura di mettere in rilievo che, di fronte ai liberi, la questione della responsabilità per le lesioni arrecate in publico certamine, può farsi solo pel figlio di famiglia ferito '... hoc in filio familias vulnerato procedit'. In ogni modo, se anche non si vuole trovare un argomento contrario a tale estensione nelle leggi 15 § 1, 16 e 36 § 1 di questo titolo, non è senza importanza il fatto che gli scoliasti ai Basilici, a proposito delle leggi stesse e altrove, rilevano, in termini da non lasciare alcun dubbio, che in caso di uccisione colposa di persona libera non compete l'a. legis Aquiliae [4]). E la ragione di ciò non è difficile a trovarsi, perchè

[1]) Dig. 9. 2. 7 ... « quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus et impendia quae propter eius curationem fecit ». Tale risarcimento non sembra potesse richiedersi con l'a. directa, come emerge dal confronto tra Collatio (ed. MOMMSEN in *Collectio librorum iuris anteiust.* III Berlino 1890) 2. 4. 1. e Dig. 9, 2, 27, 17. Nulla può dedursi per la nostra questione da quanto leggesi in Dig. 9, 2, 45, 1.; l'ipotesi di MINOZZI, *Danno non patrimoniale* pag. 93, n. 2 che questo testo autorizzi a ritenere che con l'a. legis Aquiliae possa richiedersi un risarcimento per il dolore della ferita è del tutto infondata; cfr. infra p. 237.

[2]) *Archivio giuridico*, XXXII, p. 392 n. 14.

[3]) Il testo pose in imbarazzo anche i Bizantini cfr. Basilici (HEIMBACH), 60. 3. 7. 15; 17. su di esso cfr. FRIEDLAENDER, *Sittengeschichte*, 2[5] p. 446, n. 11.

[4]) Su questi ardui fr. cfr. da ultimo FERRINI, *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 302 sgg.; il quale però (p. 305) a proposito della legge 36 § 1 nota che da essa non consegue necessariamente che l'a. utilis, anche se fosse stata concessa in caso di uccisione del servo divenuto libero, sarebbe stata applicabile al caso. Gli scoli ai quali si accenna sono i seguenti: Basilici (Heimbach) 60. 3. 15. 6: « ... Εἰ δὲ τὸν θανατηφόρως πληγέντα ἐλεύθερον γράψει καὶ κληρονόμον ὁ δεσπότης καὶ μετὰ τὸ ἀναφανῆναι τῷ δεσπότῃ κληρονόμον τελευτήσαι, ὁ κληρονόμος αὐτοῦ τοῦ ἐλευθερωθέντος οὐκ ἔτι δύνηται κινῆσαι τὸν Ἀκουίλιον, ἐπειδὴ εἰ δ' ἂν ἐλεύθερος ὢν ἐπλήγη, οὐχ ἡρμόζεν ὁ Ἀκουίλιος [Quod si mortifere vulneratum liberum et heredem dominus scribat et is, posteaquam heres extiterit moriatur, heres eius manumissi Aquilia experiri non potest: quoniam, si liber vulneratus fuisset, non competeret

Digitized by Google

risulta che fin dai tempi di Adriano l'omicidio colposo cominciò ad essere punito extraordinem, il che non dovette far sentire la necessità di estendere l'a. legis Aquiliae anche a questo caso, come è avvenuto per le ferite.

Della massima importanza è per noi la consultatio e il rescritto seguenti che ci sono stati conservati nella Collatio l. 11. 1-4 Ulp. lib. 8 de officio proconsulis:

« Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnati proconsulis Baeticae a divo Hadriano quod eum in quinquennium relegasset. Verba consultationis et rescripti ita se habent: « Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Mari Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque adparebat nullam inimicitiam cum Evaristo ei fuisset. Tamen cupididatis culpa coercendum credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe Italia provincia Baetica in quinquennium interdixi et decrevi, ut impendi causa duo milia patri eius persolveret Evaristus, quod manifesta eius fuerat paupertas ». Verba rescripti: 'Poenam Mari Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae; refert enim et in maioribus delictis consulto aliquid admittatur an casu'. Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam provocare debet aut temperamentum admittere ».

Qui dunque abbiamo che alla pena dell'interdizione va congiunta anche la condanna a una somma di danaro a favore del padre dell'ucciso, e non può ammettersi che essa rappresenti l'aestimatio dell'a. iniuriarum ivi trattata *extra ordinem*, come dice Ferrini [1]), perchè l'a. iniuriarum sarebbe stata indubbiamente inapplicabile in tal caso.

Aquilia »]; 60. 3. 16. 2: « ... Ἠλευθερώθη γάρ· ἐπὶ δὲ ἐλευθέρῳ ὁ *de occiso* Ἀκουίλιος οὐχ ἁρμόζει. [quoniam liber factus est et de homine libero occiso Aquilia non competit »]; 60. 3. 36. 10: « ... Κάνταῦθα γάρ ὁ Ἀκουίλιος οὐ δύναται τῷ ποτε δούλῳ, νῦν δὲ ἐλευθέρῳ, προσποριεθῆναι καὶ προσαρμόσαι· ἐλεύθερος γάρ ἄνθρωπος Ἀκουίλιον οὐκ ἔχει. [Nam et in hac specie Aquilia non potest quondam servo nunc libero acquiri et competere: liber enim homo Aquiliam non habet »]; 60. 3. 9. 2: « Δούλῃ γυναικί. Ἐπὶ γάρ ἐλευθέρας μόνον τὸ δημόσιον ἔγκλημα κινεῖται [*Ancillae*, nam in libera publico tantum crimini locus est »]; Bas. 60. 3. 33. 5: ἐπὶ τῶν ἐλευθέρων ἀργεῖ ὁ Ἀκουίλιος. « ... [in liberis cessat Aquilia »].

[1]) *Diritto penale*, 2ª ed. (Hoepli 1899) p. 100, n. 2; *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 49, n. 7.

Digitized by Google

Già rilevammo che l'omicidio non fu mai dai Romani concepito come ingiuria e, nella specie in esame, mancherebbe anche l'animus iniuriandi, mentre nel decreto del proconsole della Baetica è messo in luce, che la condanna alla somma di danaro ha per iscopo, non di riparare l'ingiuria, ma ' ut *impendi causa* duo millia patri eius persolvent Evaristus, quod manifesta eius fuerat paupertas '. Si tratta perciò indubbiamente d'un compenso, dato al padre del giovinetto ucciso, per le spese di malattia e per le opere mancate, come può anche rilevarsi dall'ammontare della pena inflitta [1]).

È certo dunque che nella procedura extra ordinem in caso di omicidio colposo si assegnò ai parenti dell'ucciso una somma a titolo di compenso dei danni [2]), ma ciò, sempre relativamente all'omicidio involontario, dovette essere tutt'altro che frequente, perchè non ne è rimasta traccia alcuna nella compilazione giustinianea; anzi il fr. di Ulp. ora citato è stato riferito in due luoghi delle Pandette [3]) ma ne è stata omessa per intero la consultatio.

E senza intrattenersi sull'a. in factum data in Dig. 48, 5, 28 (27). 5 all'uomo libero che, ritenuto schiavo, fu sottoposto alla tortura, poichè non trattasi d'un'a. in factum ad exemplum legis Aquiliae e non rappresenta un caso di risarcimento del danno morale [4]) e pur tralasciando l'altra a. in factum, che da un fr. di Ulpiano Dig. 9, 2, 41. pr.

[1]) I 'duo millia' ai quali si accenna nel testo sono certamente sesterzi. (Collatio ed. Mom. in Collectio libr. iur. anteiust. III, p. 141, n. 10; LENEL, *Paling.* Ulp. 2297; FERRINI, *Enc.* cit.) sicchè (ragguagliando pel tempo di Adr. il sest. a L. 0,25) la somma ascende a L. 500. Uno schiavo sarebbe costato di più, perchè ai tempi di Columella e di Plinio seniore il prezzo di un buono schiavo oscillava da 6000 a 8000 sest. (TRINCHERI, *Studi sulla cond. degli schiavi*, p. 153).

[2]) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 840.

[3]) Dig. 48, 8, 4, 1; 48, 19, 5, 2.

[4]) Se si fosse trattato di un servo, prima di sottoporlo alla tortura si sarebbe dovuto stimare e se ne sarebbe dovuto dare il doppio del prezzo a colui ad *quem ea res pertinebit* (Dig. 47, 5, 28 (27) pr. 1, 16; 3, 6, 9) come prescriveva la legge Giulia de adulteriis, alla quale si riferisce il testo in esame. Trattandosi invece di un libero, ritenuto servo, che aveva subito la tortura, ignorando lui stesso il proprio stato, è facile intendere che doveva essere stato già stimato come servo. Ora la questione esaminata nel testo verte unicamente sulla persona, la quale avrà diritto a tale somma, poichè il fr. su riferito trovasi appunto dove Ulp. commentava le parole della legge: ' Ad quem eà res pertinebit ' ((Dig. 48, 5, 28 (27) 1 sgg.). L'azione utile è dunque data al presunto servo (ipsi dandam adversus eum) invece che al presunto padrone, ed è diretta alla somma di danaro, determinata prima della tortura, quando cioè colui, che ad essa fu sottoposto, era ritenuto servo.

Digitized by Google

risulterebbe proponibile dal testatore contro il depositario che cancellò le tavole del testamento, poichè il testo è su questo punto interpolato [1]), importa rilevare che di fronte all'a. legis Aquiliae fu sollevata la questione se dovesse tenersi conto dell'interesse d'affezione e fu risoluta negativamente.

Paolo (Dig. 9, 2, 33) nel libro *2° ad Plautium*, trattando appunto della legge Aquilia (Lenel, Paulus 1084) dice che, se fu ucciso il servo altrui, non si deve stimare secondo l'eventuale affezione del padrone, ma che la stima deve farsi al prezzo di mercato:

« Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magnum emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed comuniter fungi: itaque qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum qui alienum filium possideat, tantum habere quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et admisisse dicemur quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur ».

Noi non sappiamo in quale occasione Sesto Pedio fu indotto a formulare questa distinzione tra prezzo di affezione e di mercato Lenel, Pedius, n. 53), ma si noti che Paolo anche in un'altra opera torna a ricordare e ad approvare il principio formulato da Pedio e precisamente al libro 2° ad legem Iuliam et Papiam Dig. 35, 2, 63 forse a proposito del computo dei decimi nella legge Giulia e Papia Poppea (Lenel, Paolo 937, n. 2) [2]). Di quest'ultimo fr. poi i compilatori

[1]) Questa a. in factum è sconosciuta a Giuliano Dig. 9, 2, 4², e non se ne trova altra traccia nelle Pandette. Neppure Ulp ne faceva cenno in un'altra opera (Dig. 16. 3. 3. 18, libro 30 ad edictum) dove trattava appunto della responsabilità del depositario, che aveva aperto e letto il testamento a lui affidato. D'altra parte la concessione di questa azione mal si concilia con quanto dice Ulp. nel pr. del fr. in esame: perchè egli approva la sentenza di Marcello, che cioè non potesse competere l'a. damni iniuriae al testatore... ('Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimare non potest' conf. anche Paolo Dig. 47, 2. 32) e appare del tutto superflua, quando si pensi che il testatore poteva avere in tal caso non solo l'a iniuriarum, ma anche quella depositi (Dig. 16, 3. 1, 38). È quindi assai verosimile che Ulp. facesse quindi menzione solo dell'a. iniur. come in Dig. 16, 3. 1, 38: e che l'a. in factum sia stata aggiunta dai compilatori, tanto più che non ne mancano indizi formali: *utilius* est *in factum et* iniuriarum agi.

[2]) Cfr. anche Dig. 35, 2, 6², 1. Ulp. libro 1, ad legem. Iuliam et Papiam, dove si ha un concetto analogo.

Digitized by Google

si sono giovati per stabilire come si debba computare il valore dell'eredità agli effetti della legge Falcidia [1]). Tutto ciò fa pensare che il principio, che nella stima delle cose dovesse escludersi il prezzo d'affezione, fosse generalmente osservato; in ogni modo è certo che la questione fu fatta non solo rispetto alla legge Aquilia, ma anche nel computo dei decimi in relazione alle leggi caducarie e agli effetti della legge Falcidia e fu sempre risoluta negativamente.

15. Possiamo quindi concludere che, nelle azioni penali al quanti ea res est, la litis aestimatio si fa sempre in base al danno patrimoniale. Una sola eccezione dovrebbe però farsi, ed è rispetto all'a. servi corrupti utilis, la quale spetta al padre per la corruzione del figlio di famiglia, perchè sembra diretta a una somma di danaro da stimarsi officio iudicis: Dig. 11, 3, 14, 1:

« *Paulus libro 19 ad edictum* De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi ».

Qui potrebbe ammettersi che il giudice abbia condannato il corruttore non solo al danno patrimoniale indiretto, che poteva essere stato arrecato al padre, ma anche all'interesse morale di lui [2]). L'addurre in contrario l'analogia col furto di persone libere [3]) non ha grande importanza, perchè nel testo si dice espressamente, che in questo caso la condanna è liberamente lasciata all'officium iudicis, mettendo così in evidenza che essa doveva farsi con criteri diversi da quelli stabiliti per l'a. directa la quale vedemmo essere limitata solo al danno patrimoniale [4]). Però ha già dimostrato Ferrini [5]) che l'estensione dell'a.

[1]) Lo stesso deve dirsi del passo cit. nella nota precedente.

[2]) Ciò ammettono gli scoliasti ai Basilici i quali dicono che questo é un caso in cui videtur affectionis ratio haberi in eo quod interest Bas. (Heimbach) 60. 6. 14. 7.

[3]) Così Cuiacio, *Observ. et Emendat.* XVI, 1; Opera omnia, Prato, I, col. 766 e Fabro, *Rationalia* ad hanc leg.

[4]) Pag. 232.

[5]) *Diritto penale*, 2ª ed. Hoepli 1899, p. 143, n. 2; *Pandette*, p. 523: *Enciclopedia* di Pessina, I, p. 331; Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 181 vede qui uno snaturamento dell'a. directa.

Digitized by Google

servi corrupti al figlio di famiglia è dovuta ai compilatori; il trovare che in essa, contrariamente a quanto si verifica per tutte le altre azioni ora esaminate, si tien conto di pregiudizi d'indole non patrimoniale, fornisce un nuovo argomento a favore dell'interpolazione del testo citato, perchè il quanti ea res est della formula non avrebbe permesso nell'epoca classica una simile condanna.

16. Anche la formula petitoria escluse la stima dell'interesse d'affezione e ciò risulta direttamente dalle fonti. Al titolo *de operis servorum* troviamo un fr. di Ulp. del tenore seguente: Dig. 7, 7, 6 pr.: « *Ulpianus lib. 55 ad edictum* Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium et ita Mela scribit... § 1. Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet. § 2 Item voluptatis et affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit ».

Questo testo originariamente riferivasi alla vindicatio in servitutem (Lenel, *Paling.* Ulp. 1295) e precisamente alla condanna dell'adsertor soccombente in tale giudizio. Ora la formula della petitio in servitutem era simile a quella della rei vindicatio, anzi può dirsi che quella non era che una forma di questa [1].) Non essendoci alcuna ragione per ritenere che quanto dice Ulp. nel testo cit. sia una particolarità della petitio in servitutem, si può giungere alla conclusione che il quanti ea res est della formula petitoria esclude la stima dell'interesse d'affezione e che questo è un principio generale in materia di azioni reali. Ciò è confermato non solo dal fatto che i compilatori si sono serviti di quel fr. di Ulpiano, senza introdurvi mutazioni sostanziali, a proposito di un istituto diverso (servitus operarum) da quello cui riferivasi originariamente, ma anche dallo scolio di Stefano da noi citato in principio del presente studio [2]).

Queste testimonianze ci sembrano così importanti, che riteniamo superflua ogni ulteriore ricerca per quanto concerne la nostra questione relativamente alla formula petitoria.

[1]) LENEL, *Editto* II, p. 115.

[2]) Bas. (HEIMBACH) 13. 1. 3. 2: « in actionibus in rem propter affectionem vel voluptatem id quod interest non petitur ».

Digitized by Google

17. Gioverà in ogni modo notare, che il diritto romano rispetto alla scrittura e ai documenti applica rigorosamente i principî relativi alla proprietà sulle cose [1]). La stima del quanti ea res est si fa normalmente in base al valore relativo dei documenti e degli scritti [2]) e, quando ciò non è possibile, la stima comprende solo il pretium scripturae e quello delle tavole, del papiro o della pergamena [3])

Inoltre un'utilità di diletto può formare e forma effettivamente assai spesso il contenuto di una servitù: Marciano (Dig. 7,1, 41 pr., 1) non esita a dichiarare valido, non solo l'usufrutto di statue e immagini, quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponuntur; ma dichiara anche valido l'usufrutto di fondi, per i quali l'usufruttuario debba spendere di più di quanto possa da essi ricavare. È riconosciuto espressamente che può costituirsi una servitù di acquedotto a semplice scopo di amenità (Dig 43, 20, 3 pr.) e anche se non sia utile all'attuale possessore del fondo (Dig. 8, 1, 19), come del pari un'utilità di diletto possono assicurare la servitus luminum, ne prospectui officiatur ed altre.

Ma prescindendo dall'esaminare se il contenuto di un diritto reale debba essere un bene avente un valore patrimoniale [4]), da tutto ciò nulla può dedursi per la nostra questione, che è, e resta limitata alla litis aestimatio. Il godimento delle ville, dei giardini, delle statue e delle servitù può avere tanto un valore di mercato, quanto un prezzo

[1]) Dig. 41, 1, 9, 1, 2; Inst. 2, 1, 33; Dig. 6, 1, 23, 3; 10, 4, 3, 14; Gaio 2. 77, epit. 2. 16; Dig. 41, 1, 65 pr.; 47, 2, 14, 17; 31 pr.

[2]) Arg. dai testi relativi al furto e all'a. legis Aquiliae Dig. 47, 2, 27. pr. 1, 2, 3; 28; 29; 30; 31; 32 pr. 1.

[3]) Arg. Dig. 47, 2, 27 pr. 32 pr.; Gaio 2. 77.

[4]) Per la bibliografia e per un esame riassuntivo della questione cfr. WINDSCHEID, *Pand.* trad. italiana di Bensa e Fadda, vol. I, p. 627. Aggiungiamo, perchè può avere importanza anche per la questione del risarcimento del danno, che è per lo meno assai dubbio che sia da ammettere nell'antico diritto romano la vindicatio nominis in base a un passo di Arnobio (*adv. nationes* 4. 16) sul quale richiamò l'attenzione FERRINI in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* VII, 115; *Pand.* p. 124, n. 1. Per l'epoca classica e per quella giustinianea restano certamente ferme le conclusioni di Scialoja (*Parere nella causa tra il principe Giustiniani-Bandini e il marchese Alessandro Bandini*, Roma, Pallotta, 1889), deve cioè ammettersi che vigesse quanto al nome un regime di piena libertà e che l'assunzione del nome altrui non desse per sè sola luogo ad azione. Azioni vi potevano essere, quando l'usurpazione del nome fosse stata il mezzo per compiere un delitto ed esse tendevano a reprimere quest'ultimo e non l'assunzione del nome in sè considerata.

Digitized by Google

di affezione e noi già vedemmo che nella formula petitoria voluptatis et affectionis aestimatio non habetur [1]).

18. È noto che con grande libertà fu interpretato il quanti ea res est nella formula dell'a. ad exhibendum; ma per lo stretto nesso che intercede tra questa azione e la rei vindicatio [2]), induce a ritenere che anche nell'a. ad exhibendum la condanna escluse ogni considerazione dell'affectus, e si limitò solo al danno patrimoniale. Seria difficoltà non deriva dal fatto che l'a. ad exhibendum compete a colui che vuole intentare la vindicatio in libertatem o vuole sottoporre un servo a una quaestio [3]); nel primo caso non è impossibile pensare a un risarcimento del danno dal punto di vista patrimoniale [4]) e nell'altro si tratta d'una applicazione eccezionale della nostra azione [5]).

Del resto non solo non risulta espressamente dai testi che nell'a. ad exhibendum siasi tenuto conto di pregiudizi non patrimoniali; ma troviamo invece che a proposito di questa azione Gaio ha rilevato che per intentarla occorreva un interesse patrimoniale [6]).

19. Avendo parlato della formula petitoria e dell'a ad exhibendum, occorrerebbe dire anche del iusiurandum in litem. Infatti gli antichi

[1]) Cfr. FERRINI, *Pand.* p. 526, n. 3 Per quanto concerne la cautio usufructuaria vedi p. 249.

[2]) « Haec actio... maxime propter vindicationes introducta est ». Dig. 10, 4, 1. Anche Gaio 4. 51. ravvicina la formula delle due azioni, per quanto concerne la condemnatio « Condemnatio... vel incerta et infinita veluti si rem aliquam a possidente nostram esse petamus id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. N. A. A. condemna ».

[3]) Dig. 10, 4, 12 pr.; 20.

[4]) FABRO, *Rationalia* ad h. l.; DEMELIUS, *Exhibitionspflicht*, p. 89. Basilici (Heimbach, Supplementum) 15. 4. 12 62 Enant: ... Ὑπόθου ἐν τῷ ιβ' περὶ ἐλευθέρου κινεῖσθαι ἵνα σχῇ χώραν τὸ καὶ χρηματικῶς διαφέρειν. Cfr. anche ivi scolio 60 (Stefano). Cfr. del resto p. 229-230, 252.

[5]) DEMELIUS, op. cit. p. 116.

[6]) Dig. 10, 4, 13 pr. « *Gaius ad ed. praetoris urbani titulo de liberali causa.* Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum adversus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo quis potest habere: nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis videtur quia haec actio ei creditur competere cuius *pecuniariter* interest ». La lettura 'peculiariter' che trovasi nella fiorentina è universalmente respinta. Cfr. Bas. (Heimbach. Supplementum) 15. 4. 13; scolio 60 e 62. MOMMSEN (Dig.); VANGEROW, *Pand.* III (7ª ed.), p. 636; DEMELIUS, op. cit. p. 89, n. 2; LENEL, *Paling.* Gaius 34; *Editto* I, p. 253, n. 3. Contra WINDSCHEID, *Pand.* § 474, n. 5. — Cfr. anche Dig. 10, 4, 19. Non conviene però dimenticare che nell'uno e nell'altro testo la ragione fondamentale per la quale non si dà l'a. ad exhibendum è la mancanza del giudizio diretto. DEMELIUS, op. cit. p. 14 e 87 sgg.

Digitized by Google

interpreti [1]) ammettevano che quando si faceva luogo al iusiurandum in litem, l'attore poteva conseguire anche l'interesse d'affezione e fondavano tale teoria su alcuni passi, nei quali [2]) si contrappone la stima fatta dal giudice a quella che viene fatta direttamente dall'attore mercè il iusiurandum in litem, nel quale ultimo caso trovasi detto che res aestimatur ultra pretium [3]), che arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit [4]), che l'attore può giurare in infinitum [5]), mentre nell'altro caso quod intersit agentis solum aestimatur [6]) e il iudex de veritate cognoscit [7]). Ma sarebbe certamente superfluo ritornare su tale teoria, perchè già è stata dimostrata priva di fondamento da Schröter [8]) e da Vangerow [9]) e lo stesso Iheringe nel parere sull'interesse nelle obbligazioni da noi citato in principio del presente studio [10]) adduce il iusiurandum in litem solo come un esempio di coazione all'adempimento di prestazioni mediante minaccia di pene pecuniarie e non vede in esso che un mezzo indiretto per costringere il convenuto all'esecuzione dell'arbitratus.

20. Per compiere l'esame delle principali formule al quanti ea res est resterebbe ancora a dire della condictio. Ma ne è troppo noto il carattere rigorosamente patrimoniale, perchè convenga intrattenersi su di essa; è bene invece accennare che anche rispetto all'a. operarum, la quale dovette essere foggiata in modo simile alla condictio certae rei [11]), non trovasi alcun indizio che siasi tenuto conto dell'interesse d'affezione, che poteva avere il patrono, anzi i testi dicono che la richiesta di costui è sempre diretta ad un valore patrimoniale [12]).

[1]) Cfr. per la bibliografia: BERTOLINI, *Il Giuramento nel dir. priv. rom.* p. 217, n. 28.

[2]) Dig. 12, 3, 14 4, 2; 8; 10; 6, 1, 68; 20, 1, 16, 3; Cod. 5, 53, 2'.

[3]) Dig. 12, 3, 1.

[4]) Dig. 12, 3, 8.

[5]) Dig. 12, 3, 4, 2.

[6]) Dig. 12, 3, 2.

[7]) Cod. 5, 53, 2, 1.

[8]) *Zeitschrift fur Civilrecht und Process* VII, 4, p. 439 sgg.

[9]) Pand. I, § 171, n. 3; cfr. anche F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligattonenrecht*, II, p. 259; BERTOLINI, *Il Giuramento*, p. 217.

[10]) Cfr. p. 208, n. 4.

[11]) Da ultimo LENEL, *Editto* II, p. 63.

[12]) Dig. 38, 1, 23, 1 in fine: quinque operarum aestimationem: 26, 1 eod. quantum ex illorum operis fructus; 4 eod. perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. Per quanto concerne in particolare la stima delle opérae officiales cfr. LEIST-GLÜCK, *Pand.* (Serie dei libri 37-38), V, p. 234.

Digitized by Google

21. Riassumendo le cose dette nel presente capitolo, abbiamo che l'espressione della condemnatio: quanti ea res est, non fu sempre nelle diverse azioni interpretata allo stesso modo. Talora essa indicò il valore della cosa che formava oggetto del giudizio, talora il valore della cosa e l'omnis causa, talora infine l'interesse dell'attore [1]). La stima però avviene sempre da un punto di vista esclusivamente patrimoniale. Per quanto concerne il primo significato, che è quello letterale e che fu verosimilmente il più antico, le fonti mettono espressamente in rilievo, che la cosa deve stimarsi al verum rei pretium, al prezzo di mercato, che è esclusa ogni considerazione dell'affectus. Gli altri due significati non ne sono che derivazioni, e, per quanto sia vero che in questi casi la condanna ha un contenuto più esteso, si ha pur sempre riguardo ai soli pregiudizi d'indole patrimoniale; di ciò che non interessa pecuniariter, della voluptas, dell'affectus non si tiene alcun conto.

Vere eccezioni a tutto ciò non ne troviamo. Molti interdetti e le azioni popolari possono intentarsi anche da chi ha un solo interesse morale: ma in questi casi la condanna è indipendente dall'interesse dell'attore, poichè comprende per regola l'ammontare del danno stimato obbiettivamente. E, quando anche fosse dimostrato che una più ampia e diversa interpretazione fu data al quanti ea res est in taluni interdetti, occorrerebbe di necessità ricordare che questi devono essere considerati non come azioni private, ma come speciali mezzi della potestà giurisdizionale del pretore, diretti ad assicurare l'ordine e la tranquillità pubblica [2]). Le fonti, specialmente a proposito dell'interdictum de homine libero exhibendo, mettono in rilievo che esso può intentarsi solo contro colui che è in dolo (Dig. 43, 29, 1 pr.; 43, 29; 3, 2, 3. 4. 5. 6; 4 pr, 2), che questi deve prestare una pena (praeteriti facti poena praestanda Dig. 43, 29, 4, 2) e, ricercando se possa intentarsi dopo che è stato già intentato da un altro, si adduce l'analogia con i giudizi pubblici (Dig. 43, 29, 3, 13). Evidentemente ciò dimostra che siamo ben lungi da rapporti meramente privati e dalla teoria del risarcimento del danno.

[1]) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, vol. V, app. XII; MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* II, p. 45; COHENFELDT. *Interesse*, p. 63 sgg.; BRINZ, *Pand.* II, § 281.

[2]) Così e con ragione PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 177.

Digitized by Google

D'interessi non patrimoniali si è invece probabilmente tenuto conto nell'a. servi corrupti, concessa utiliter dai compilatori al padre per la corruzione del figlio di famiglia [1]: ma ciò prova solo che il diritto giustinianeo introdusse in questo caso una pena pecuniaria privata, rimessa, quanto al suo ammontare, all'apprezzamento del giudice: infatti ne è evidente il carattere penale [2].

IV.

Formule in cui la condemnatio è indicata con le parole: eius condemna.

A) Azioni di stretto diritto

22. Dell'a. ex testamento non sappiamo nulla relativamente alla condemnatio, per quanto l'a. incerti ex testamento presenti grandi analogie con l'a. ex stipulatu [3]. Del resto non si hanno testi nelle fonti nei quali si accenni a risarcimenti di danni non patrimoniali in materia di legati [4]. E, perchè qui se ne presenta l'occasione, aggiungiamo che lo stesso deve dirsi rispetto ai fedecommessi, benchè il contenuto di questi ultimi fu assai più lato; anzi a mano a mano che il decadere delle forme rigorose, richieste per i legati, faceva sì che si avvicinassero i due istituti, il fedecommesso venne sempre più

[1]) Cfr. p. 238.

[2]) Tale è certamente quella *directa* che è al quanti ea res est dupli e richiede il dolo, Dig. 11, 3, 1. pr.: 3 pr. 1; 5 pr. 1. è intrasmissibile passivamente h. t. 13. pr. Cfr. del resto Cod. 6. 20. 1; Inst. 4. 1. 8 dove si accenna espressamente al carattere penale di questa azione. A più forte ragione deve ritenersi penale quello utile, cfr. Ulp. h. t. 5, 1.

[3]) Lenel, *Editto*, II, p. 96.

[4]) Non prova la possibilità di una condanna al prezzo di affezione il fr. di Terenzio Clemente riferito in Dig. 31. 54. perchè, pur prescindendo da qualsiasi altra considerazione, in tal caso è possibile una stima del fondo supra iustam aestimationem per sole ragioni economiche. Anche dello ius sepulcri (Cod. 6, 37, 14) non è impossibile una stima dal punto di vista patrimoniale. Cfr. p. 278, n. 3. Naturalmente noi non intendiamo trattare la questione se il legato debba rappresentare sempre per il legatario un vantaggio d'indole patrimoniale (Cfr. da ultimo la dotta dissertazione di Fadda in *Filangieri*, 1896, p. 176 sgg.). Il modus imposto per testamento non è per sè tutelato da azioni. Pernice, *Labeo*, III, p. 32 sgg.

Digitized by Google

assumendo il carattere di un'attribuzione patrimoniale [1]). Notiamo in fine che, pur essendo stata riconosciuta tanto nel fedecommesso di libertà, che in quello di emancipazione la responsabilità a cagione della mora, non risulta che sia stato concesso alcun risarcimento pecuniario per il danno morale risentito da colui cui fu ingiustamente ritardata l'emancipazione e la libertà [2]).

23. Lasciando da parte i legati e i fedecommessi, dovremmo dire dell'a. ex stipulatu, ma prima di trattare di essa occorre accennare all'a. ex sponsu per l'inadempimento degli sponsali, che da un fr. del libro de dotibus di Servio Sulpicio Rufo, riferito da Gellio (4 4), risulterebbe per diritto latino diretta all'id quod interfuerat eam uxorem accipi aut dari [3]). Varrone [4]) ci attesta che anche nell'antico diritto romano v'era in tal caso un'actio ex sponsu; ma questa era, come nel diritto latino, diretta a una condanna pecuniaria all'id quod interest e in tal caso una simile condanna può considerarsi come un vetusto esempio di risarcimento del danno morale?

Alla prima parte del quesito sembra si debba rispondere affermativamente. A nostro avviso questa a. ex sponsu, di cui parla Varrone, risale ad una remota antichità ed è anteriore alla procedura formulare. Varrone infatti lascia intendere che quanto scrive relativamente all'a. ex sponsu derivante dagli sponsali è ai suoi tempi andato del tutto in disuso [5]); e se, stando alle concordi testimonianze di Servio

[1]) PERNICE, *Labeo*, III, p. 39. Fedecommessi di carattere non patrimoniale sono assai scarsi. Oltre il fedecommesso di libertà, in epoca relativamente recente si riconosce extra ordinem efficacia all'obbligo dell'emancipazione imposto per testamento Dig. 35, 1, 92; Cod. 6, 4², 15; Dig. 27, 10, 16, 3, 2, 3 (int.); ma l'inefficacia del fedecommesso come tale è però riconosciuta da Marciano 30, 14, 8, da Papiniano e da Ulpiano 35, 1, 92 e così dicasi del fedecommesso di adozione (Scevola) 31, 41, 8; (è anzi nullo in tal caso anche il pactum fiduciae Dig. 1, 7, 34. PERNICE, *Labeo*, III, p. 127). Il diverso trattamento fatto al fedecommesso di emancipazione potrebbe spiegarsi pensando che questa è considerata come un beneficio per la persona alieni iuris. È superfluo aggiungere che tale riconoscimento conduceva non ad una condanna pecuniaria, ma all'esecuzione diretta.

[2]) Dig. 35, 1, 92; 40, 5, 26, 1; 31, 84.

[3]) Cfr. sul testo di Servio. LENEL, *Paling*. Servius 3.

[4]) De lingua latina, VI, 69-72 (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes iuris rom. antiqui*, ed. 6', II, p. 58 e HUSCHKE in *Zeitschrift fur geschicht. Rechtswissen.* X, p. 327 sgg.

[5]) Cfr. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 177. Non fa difficoltà che Plutarco (Cato maior. 7) racconti che Catone Uticense pensò di agire in giudizio per avere Lepida, che era stata a lui promessa, perchè, come nota giustamente SCHUPFER,

Digitized by Google

e di Nerazio, riferite nel passo di Gellio, la concessione della cittadinanza, fatta ai Latini con la legge Giulia, ebbe per conseguenza di far scomparire l'antico ius sponsaliorum, ciò dimostra che già prima di quella legge (90 avanti C.) in Roma l'azione era caduta in desuetudine. Inoltre Varrone rappresenta gli sponsali come conclusi mercè una promessa unilaterale [1]) da parte del padre della fanciulla e questa forma di sponsali è certamente assai antica ed anteriore a quella delle reciproche sponsioni tra il fidanzato e l'avente potestà sulla fanciulla, che ci è descritta da Gellio [2]). Si noti infine che le parole di Varrone: quod tum et pretorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur, in quanto mettono in rilievo il rigore dell'azione giudiziale in antitesi al giudizio censorio e il fatto che il pretore era costretto ad applicare la legge, quale essa fosse, senza tenere conto dell'equità, fanno appunto pensare alla procedura per legis actiones [3]).

Ora, accettando l'opinione ormai scientificamente dimostrata [4]) che la stipulatio derivò dalla sponsio e che questa in origine ebbe carattere religioso, non dovrà far meraviglia che tanto in Roma quanto nelle città latine le promesse di matrimonio si facessero mediante sponsiones, le quali, quando perdettero il carattere religioso primitivo, fecero nascere un'azione rigorosa contro l'inadempiente. Ma l'analogia tra il diritto latino e quello romano non si limitò certo a questo solo: i latini veteres ebbero non solo in generale lo ius conubii, ma anche un regime analogo a quello romano per quanto concerne la patria potestas, la manus, il mancipium e la manomissione [5]) e, se si eccettuano la legis actio per condictionem, e forse la legis actio per iudicis arbitrive postulationem, le altre legis actiones furono in vigore anche nel Lazio [6]). Se dunque a Roma e nel Lazio troviamo una completa analogia tra la forma degli sponsali, l'ob-

La famiglia in diritto romano, p. 35, l'a. ex sponsu verosimilmente era già allora caduta in desuetudine.

[1]) Cfr. anche Costa, *I luoghi plautini riferentisi al matrimonio* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* II, p. 38.

[2]) Girard, *Manuel* (3ª ed.) p. 147, n. 4.

[3]) Cfr. Gaio 4. 11.

[4]) Per la bibliografia cfr. Girard, *Manuel* (3ª ed.), pp. 481, 482.

[5]) Girard, *Manuel* (3ª ed.). p. 107, n. 5, 108, n. 1.

[6]) Girard, op. cit. 962, n. 2.

Digitized by Google

bligazione giuridica che ne deriva, le istituzioni familiari e la procedura, non v'è motivo di ritenere che la stessa analogia non si conservi relativamente alla condanna, che trova luogo in caso d'inadempimento della promessa. Può anche aggiungersi che è assai verosimile che Servio e Nerazio abbiano nei loro libri de dotibus e de nuptiis riferito il diritto latino degli sponsali, perchè ricordava l'antico diritto romano caduto in desuedudine [1]) In breve l'a. ex sponsu, della quale parla Varrone, a nostro avviso, altro non è se non la forma primitiva della tutela giuridica accordata al contratto verbale e riteniamo che qui trattasi appunto della legis a. sacramento in personam [2]).

24. Assai più difficile è però rispondere alla seconda parte del quesito che ci siamo proposti, vedere cioè se tale condanna possa considerarsi come un risarcimento del danno morale [3]). Anche se si prescinde dalle grandi incertezze relative alla condanna nella procedura delle legis actiones, abbiamo ragione di dubitare della possibilità di un tale risarcimento per due motivi, ciascuno dei quali è evidentemente assai grave.

Il primo è che, data l'organizzazione della famiglia romana nella sua forma più antica, alla manus, non diversamente che alla patria potestas, si riconnettono interessi patrimoniali così rilevanti, che anche in caso d'inadempimento degli sponsali, non è assurdo pensare ad

[1]) PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del dir rom.* cap. XII, nota γ., p. 171.

[2]) GIRARD, *Manuel* (3ª ed.), 486, n. 2 e *Nouv. rev. hist.* 1895, p. 421-423 questa appunto sembra essere stata la tutela primitiva del contratto verbale; arg. Gaio, 4. 20, 95. L'analogia su questo punto tra diritto romano e latino e la condanna pecuniaria nell'a. ex sponsu in dir. rom. è negato da HUSCHKE in *Zeitschrift für geschicht. Rechtswiss.* X), il quale (p. 336) ammette che per diritto romano l'a. ex sponsu fosse diretta a conseguire coattivamente la datio in matrimonium; ma tale opinione è priva d'ogni fondamento. I fr. di Marciano e di Ulpiano Dig. 23. 2. 28; 29 da lui addotti, anche se si prescinde da qualsiasi altra considerazione, non prevedeno un caso di effettiva coazione al matrimonio (MAJANUS, *Comm. ad frag. XXX iurisconsc.* 2. p. 179; PERNICE, *Labeo*, 3. 1, p. 310). — Ihering (*A. iniuriarum*, trad. franc., p. 62), pensando all'a. iniuriarum, della quale non v'è alcun accenno nei passi di Varrone e di Gellio, disconosce l'efficacia della sponsio e il concetto originario del delitto d' ingiuria. PEROZZI, (*Arbitrium litis aestimandae*, p. 107), crede che si tratti della condictio de certa re, ma verosimilmente l'a. ex sponsu è anteriore alla legge Calpurnia (arg. Gaio, 4. 20) e dal contratto verbale nell'epoca classica non nasce la condictio (NABER *Mnemosyne* XX, p. 109, Observ. XVII).

[3]) Tale è l'opinione di KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 572.

Digitized by Google

una condanna all'id quod interest limitata a risarcire pregiudizi di tale natura [1]). Di ciò potrebbero addursi non pochi indizi; ma non manca neppure quasi una prova diretta, perchè Gaio 3. 199. ci attesta che non ripugnò ai romani di ammettere il furto dell'uxor in manu e di concedere in tal caso l'a. furti. L'azione, già lo vedemmo, è nell'epoca classica diretta a far conseguire al marito i vantaggi patrimoniali che a lui furono tolti mediante questo furto anomalo [2]), ma se si tiene presente che nel diritto più antico la pena dell'a. furti si calcolò in base al valore della cosa rubata, non può neppure escludersi in modo assoluto che in origine si considerasse l'uxor in manu come oggetto del furto.

L'altro motivo di dubbio è che, attesa l'antichità dell'a. ex sponsu e il carattere solenne, se non religioso, della sponsio, carattere che negli sponsali dovette essersi conservato più tenacemente che altrove, può pensarsi che con la condanna all'id quod interest si voglia appunto designare che l'inadempiente veniva condannato a una pena privata rimessa all'apprezzamento del giudice [3]).

Noi quindi riteniamo che allo stato attuale delle fonti l'a. ex sponsu, della quale parla Varrone, per le infinite incertezze che solleva deve essere messa da parte nella nostra questione, poichè, se non

[1]) Anche Perozzi ha implicitamente rilevato ciò, pensando alla condictio de certa re (vedi pag. ant. nota 2). Si tenga presente che gli sponsali nel passo di Varrone appaiono conclusi mediante una sponsio unilaterale tra il padre della fanciulla e il fidanzato. Cfr. p. 230.

[2]) Cfr. p. 253.

[3]) Così PADELLETTI, *Storia del dir. rom.*, p. 169, dice senz'altro che questa è una multa pecuniaria. Ma a conferma di ciò può addursi che: 1) Secondo i recenti studi di Jubbé Duval (*Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, t. I. *La procéd. par le parl*) tutte le azioni primitive avrebbero le qualità di azioni penali, anche quando l'origine del diritto di credito si trova in un contratto; a suo avviso la legis a. per condictionem è la prima azione rei persecutoria e solo la legge Silia separò nettamente le obbligazioni nascenti da un contratto da quelle nascenti da un delitto (cfr. *Archivio giuridico*, vol. 60 (1898), p. 586 segg. — 2) L'infrazione della sponsio dovette essere trattata assai severamente per il suo carattere religioso e solenne (cfr. Gaio, 3. 92, 93. 94, 118 segg.; Varrone cit. 71). È noto che i trattati di pace e di alleanza venivano conclusi mediante sponsiones; nei classici spondere vale frequentemente più che promittere (Forcellini Witte, voc. *spondeo*, 3). Del resto l'intervento del censore rivela chiaramente come il mancare alla promessa fosse considerato da un punto di vista quasi penale, arg. Cic. *de Officiis*, 3. 31. 111. — 3) Con l'espressione id quod interest anche i giureconsulti classici talora designano delle condanne penali, Dig. 47, 12, 3, 8, 9; 11, 7, 9 (su quest'ultimo testo cfr. p. 223 n. 2).

Digitized by Google

fornisce alcun argomento sicuro contro la possibilità del risarcimento di pregiudizi d'indole non patrimoniale, non ne fornisce certo uno abbastanza solido a favore della tesi contraria.

25. E venendo ora all'a. ex stipulatu i testi, che direttamente o indirettamente hanno attinenza con la nostra questione, sono molti.

Innanzi tutto abbondano nelle fonti esempi di stipulazioni, di fronte alle quali è dubbio che lo stipulante abbia un interesse patrimoniale.

Così nell'epoca classica con stipulazioni concluse in occasione di trasferimenti di proprietà, trovasi spesso assicurata la validità di convenzioni, non aventi carattere patrimoniale [1]). Frequenti sono tali stipulazioni in occasione di mancipationes nummo uno [2]) ed esse servono a rendere efficace il modus posto a carico del donatario [3]). Del pari può dubitarsi che un interesse di natura patrimoniale sia presupposto nella Cost. riferita in Cod. 8, 38 (39) 3, 1.: infatti non risulta espressamente da essa che il padre della fanciulla, defunta in matrimonio, avesse un interesse patrimoniale che una parte della dote fosse restituita a Giuliano [4]).

Assai importanti sono anche le stipulazioni pretorie, perchè in queste non solo spesso è dubbio che lo stipulante abbia un interesse patrimoniale, ma può agevolmente riconoscersi che il giudice ebbe non poca libertà nella litis aestimatio. È noto che l'usufruttuario deve dar cauzione di godere della cosa boni viri arbitratu. La sua responsabilità non si misura sempre alla stregua del danno patrimoniale, che abbia per avventura arrecato al proprietario; basterà ricordare che non può mutare neppure in meglio la cosa che ha in usufrutto; la cautio usufructuaria conferisce indubbiamente estesi poteri al giudice [5]). Difficilmente avrebbe raggiunto il suo scopo la cautio, che

[1]) Dig. 11, 7, 11: cfr. su questo testo PERNICE, *Labeo*, 3. 141, n. 2.

[2]) Donatio Flavi Artemidori; Donatio Statiae Irenes; BRUNS, *Fontes* (6ª ed.), p. 244 segg.

[3]) Dig. 45, 1, 135, 3; Cod. 8, 53, 9.

[4]) Anche PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, p. 25, ammette la validità di questa stipulazione in base a un interesse qualsiasi, però non pare si tratti di una stipulatio a favore d'un terzo e il testo è interpolato (FERRINI, *Enciclopedia giuridica*, voc. *Obligatio*, p. 710. *Pand.* § 522). Del resto la necessità della taxatio dimostra che la stima dell'interesse doveva essere tutt'altro che facile.

[5]) Cfr. Dig. 7, 1, 7, 3; 8; 27, 1; 7, 8, 23; 43, 24, 16, 1; 7, 1, 13, 8; 15, 1; 15, 2; 15, 3; 17, 1; 27, 5; 13, 2, l'arbiter, al quale qui si accenna, è verosimilmente quello che

Digitized by Google

dovevasi prestare dal legatario all'erede per assicurare l'osservanza del modus a lui imposto dal testatore, se l'unica sanzione di essa fosse stata la condanna del legatario all'interesse patrimoniale dell'erede, perchè questi il più delle volte non ha alcun interesse o ha solo un interesse morale a che sia in tal caso rispettata la volontà del defunto [1]. E finalmente nella cautio ratam rem nei giudizi di stato sembra che fosse possibile la stima della libertà: Dig. 46, 8, 8, 2.

Prescindiamo per ora da quest'ultimo testo, sul quale torneremo tra breve; gli altri, che siamo venuti enumerando, non possono certo dirsi decisivi per la nostra questione. Da essi può forse dedursi che nell'epoca classica la stipulatio fu considerata quale un negozio formale astratto, per la cui validità non occorre che lo stipulante abbia un interesse patrimoniale [2], ma da ciò non è lecito senz'altro concludere che nella stipulatio abbia trovato luogo una condanna diretta a risarcire il danno non patrimoniale. La nostra ricerca resta limitata a questo solo, a vedere cioè se fu possibile una condanna diretta all'equivalente dell'interesse morale dell'attore, e su questo punto i testi in questione nulla ci dicono espressamente D'altra parte non è neppur vero che essi non possano spiegarsi altro che ammettendo una simile condanna. In molti casi è tutt'altro che assurdo pensare a una condanna limitata ai soli danni patrimoniali. Ciò deve dirsi delle

deve giudicare della cautio: FERRINI, *Pand.* § 370 (contra LENEL, *Editto* II, p. 98; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II, p. 539).

[1]) Il testatore può imporre al legatario di manomettere lo schiavo proprio o l'altrui, Dig. 40, 5, 48; 7; 21, 12; 24, 16, ecc.; di costruire un monumento, 35, 1, 40, 5, 17, 4; 81; può esigere che i liberti non alienino la cosa loro legata, 35, 1, 103, o che abbiano cura del suo monumento, 35, 1, 71, 2. Test. Dasumi BRUNS, *Fontes* (6ª ed.), p. 274, o che il legatario compri un fondo e non l'alieni nell'interesse d'un parente poco saggio, 35, 1, 71 pr.; infine può legare 100 a Tizio, purchè sposi la vedova Mevia, 35, 1, 71, 3; o può esigere che il legatario prenda il suo nome, arg. 36, 1, 65 (63), 10, e via dicendo. Trattandosi di un legato modale, la giurisprudenza classica riconobbe che si dovesse osservare la volontà del defunto e riuscì a rendere efficace il modus costringendo il legatario, mercè la denegatio actionis o l'exceptio doli, a dar cauzione all'erede; cfr. Dig. 32, 19: « Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum uti quid facias, etiamsi non heredis interest id fieri, negandam esse tibi actionem, si non caveas heredi futurum quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt ». Verosimilmente la cautio è diretta non alla restituzione del legato, ma all'adempimento del modus. Su tutto ciò cfr. PERNICE, *Labeo*, 3, p. 37.

[2]) In questo senso PERNICE, *Labeo*, 3, p. 187 sgg.

Digitized by Google

stipulazioni conchiuse in occasione di trasferimenti di proprietà e della specie trattata in Cod. § 38. (39.) 3, 1. [1]). Nè una condanna dal punto di vista patrimoniale è inconcepibile nella cautio usufructuaria [2]); è anzi assai verosimile che, se fosse stato possibile un risarcimento di danni non patrimoniali, si sarebbe almeno tenuto conto dell'affectus nell'usus fructus mancipiorum [3]). Dove poi non può in alcun modo pensarsi a un risarcimento del danno patrimoniale, può ritenersi che la difficoltà della stima sia stata superata ricorrendo alla stipulatio poenae, la quale s'incontra con particolare frequenza nelle stipulazioni e dovette necessariamente essere d'uso generale e costante tutte le volte, che potevano nascere dei dubbi sull'interesse dello stipulante [4]), anche se si trattava di stipulazioni pretorie [5]): Dig. 46, 5, 11: « *Venuleius libro octavo actionum* In eiusmodi stipulationibus, quae 'quanti ea res est' promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit et ad exiguam summam deducitur ».

26. Adunque i testi in questione non autorizzano da soli a ritenere, che nell'a. ex stip. trovasse luogo il risarcimento di danni non patrimoniali; certo diverse conclusioni se ne dovrebbero trarre, se effettivamente il fr. sopra citato relativo alla cautio ratam rem, fornisse una

[1]) Cfr. sulla legge 11 de religiosis, citata a p. 249 n. 1, le giuste osservazioni di FADDA in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, XXXI (1899), p 275, n. 2. E in generale non può dirsi impossibile nè la stima del ius sepulcri (v. p. 278 n. 3), nè delle limitazioni al godimento del fondo che da esso derivano, arg. Dig. 11, 7, 9 e FADDA, l. c. Per quanto concerne il divieto di manomissione (Dig. 45, 1, 135, 3) e la osservanza del modus aggiunto a una donatio, può pensarsi a un interesse patrimoniale, argomentando da quanto dice Papiniano in Dig. 45, 1, 118, 2; 18, 7, 6, 1; 7 del resto qui normalmente si conviene una penale. Cfr. anche p. 274.

[2]) Può pensarsi a una condanna limitata alle spese occorrenti per rimettere le cose in pristinum. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, p. 130, n. 22.

[3]) Questo infatti è il caso tipico d'interesse d'affezione addotto dai giureconsulti romani, Dig. 17, 1, 54 pr.; 9, 2, 33; 35, 2. 63; 7, 7, 6, 2; 33, 2, 36; cfr. invece Dig. 7, 1, 15, 3: 17, 1. ecc.

[4]) Dig. 45, 1, 122, 2; 71; 137, 7, cfr. anche Donatio Flavi Syntrophi, BRUNS, *Fontes*, 6ª ed., p. 298.

[5]) Cfr. anche Dig. 46, 8, 8, 2. e su questa quanto diciamo alla pag. seg. PERNICE, *Labeo*. 3, pag. 178, ammette che il giudice avesse la maggior libertà nelle stip. pretoriae, ma ciò non risulta sufficientemente provato; i testi cit. provano che anche in queste. dove faceva difficoltà la stima dell'interesse, si faceva ricorso alla stip. poenae.

Digitized by Google

prova sicura della possibilità di un tale risarcimento a favore di colui che fu costretto a sottostare a un nuovo giudizio di stato, perchè potrebbe pensarsi che una condanna non dissimile potesse aver luogo anche in alcuni dei casi da noi esaminati. Ma pur troppo anche questo testo è ben lungi dal rimuovere ogni dubbio: Dig. 46, 8, 8, 2:

« *Venuleius libro quinto decimo stipulationum* Si quis a procuratore status controversiam patiatur, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt quod procurator eum in servitutem petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res praestetur, scilicet cum de libertate eius constiterit. id est quanti interfuerit eius de statu suo non periclitari et propter impendia quae in litem facerit. Sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur... ».

Devesi innanzi tutto avvertire che questo fr. è stato, almeno in parte, alterato dai compilatori [1]); in ogni modo, anche accettando il testo quale si legge nelle Pandette, già avemmo altra volta occasione di notare che la libertà non può, specialmente nel diritto romano più antico, addursi come un esempio sicuro di un bene inestimabile a danaro [2]). Per quanto possano essere mutate le opinioni dei giureconsulti classici (Labeo fr. cit.) intorno alla schiavitù, essa perdura sino ai tempi di Giustiniano e con essa perdura anche la necessità di quotidiani rapporti giuridici privati e di convenzioni relative alla libertà. A ciò si aggiunga che il testo in esame prevede il caso d'una persona, che è dovuta già sottostare a un giudizio di stato per far riconoscere il suo diritto alla libertà; si tratta dunque d'una persona d'infimo stato, e non è certo il diritto romano che in simili casi si trova in imbarazzo per accordare compensi e risarcimenti anche dal solo punto di vista patrimoniale [3]). Del resto alla libertà si riconnettono interessi morali e interessi patrimoniali rilevantissimi: Labeone, accennando alla possibilità di una stima infinita della libertà, intendeva

[1]) Nel testo infatti facevasi menzione dell'adsertor: LENEL, *Paling.* Ven. 72, n. 7.

[2]) Cfr. p. 229.

[3]) Cfr. Dig. 40, 12, 30; 5, 2, 26; cfr. anche 31, 84 in fine. Nelle Costituzioni Costantiniane si parla spesso di prezzo del figlio venduto: Vat. 34: « ... pretium quo valuisset numeraret »; Cod. 4, 43, 2, 1: « aut pretium offerat quod potest valere ».

Digitized by Google

riferirsi a questi soli o anche agli altri? Il testo nulla ci offre per poter rispondere in modo sicuro a tale domanda [1]); l'unica cosa certa, che da esso risulta, è questa: che la stima della libertà avrebbe conferito al giudice un potere quasi illimitato e ciò appariva a Labeone come una cosa che era opportuno evitare, ricorrendo alla stipulatio poenae Quindi anche se si ammette che Labeone intendesse riferirsi ad interessi morali, non potrebbe disconoscersi che sin dal primo secolo dell'impero la giurisprudenza romana non era favorevole ad ammettere che un tale risarcimento potesse chiedersi con l'a. ex stipulatu.

27. Ma se i testi finora esaminati non forniscono una prova sicura che nella stipulatio potesse aversi una condanna all'interesse morale dello stipulante, abbiamo un'altra serie di testi, nei quali non solo si accentua il carattere patrimoniale della stipulatio, ma si dice che questa non può essere diretta a prestazioni non stimabili a danaro ed esige un interesse patrimoniale da parte dello stipulante.

Così Modestino dice che l'uomo libero non può essere dedotto in stipulazione, perchè non se ne può prestare l'aestimatio [2]); e in generale, relativamente alle stipulazioni, dirette alla dazione di una cosa, le fonti mettono in rilievo che deve trattarsi di una res in patrimonio [3]). Un concetto non sostanzialmente diverso trovasi espresso in un famoso fr. di Ulp. riferito in Dig. 40, 7, 9, 2:

« *Ulpianus libro 28 ad Sab.* Illud tractandum an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum et Octavenus putabat liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertatem pervenisset extingueretur obligatio tota; ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pe-

[1]) Dalla frase 'aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur' nulla può dedursi con certezza; un'espressione simile è adoperata genericamente da Gaio 4, 51. a proposito delle azioni al quanti ea res est, e s'incontra anche a proposito della stima da farsi nella cautio damni infecti delle pitture e degli intonachi, che adornano il paries communis. Dig. 39, 2. 40 pr. (cfr. su questo testo FERRINI, *Pand.* pag. 541, n. 2, e sull'interpolazione della parte finale [licet... attamen] lo stesso autore in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XIV, p. 219) e negli interdetti Dig. 50, 17, 176, 1. LENEL, *Paling.* Paolo 1192.

[2]) Dig. 45, 1, 103; il testo si riferisce a una stipulatio certa; cfr. nota 3.

[3]) Dig. Cfr. 45, 1, 83, 5: Inst. 3. 19 pr., 2; la stipulatio è in tal caso diretta al rem ita dare ut accipientis fiat. Gaio 4. 4. Dig. 45, 1, 75, 10. LIEBE *Stipulation* p. 34

Digitized by Google

cunia lui non potest nec reparari potest, quae sententia mihi videtur vera » [1]).

È questo il testo, che suole addursi come il più decisivo per dimostrare la necessità che l'obbligazione sia diretta a una prestazione d'indole patrimoniale; ma esso non ha tale importanza, perchè quanto ivi è detto, può riferirsi solo alle azioni di stretto diritto, come risulta dallo studio che ha fatto Pernice [2]) di questo non facile fr. Nondimeno io non credo che nelle parole finali: 'libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest' possa vedersi, come ritiene l'illustre romanista, solo un accenno al principio che il conseguimento della libertà non può essere impedito mercè il pagamento di una somma di danaro. Ottaveno, ivi riferito da Ulpiano, giustificava indubbiamente la liberazione del debitore, adducendo che, secondo i principii rigorosi relativi alla litis aestimatio nella formula certa non era possibile accordare alcun risarcimento al creditore, perchè questi avrebbe avuto solo diritto al valore della cosa, quale è al momento della litis contestatio [3]), e non può più stimarsi a danaro lo schiavo quando è divenuto libero.

Finalmente i compilatori in molti testi, e specialmente nel riconoscere la validità della stipulatio alteri tra le parti contraenti, hanno richiesto, come requisito essenziale, che lo stipulante avesse un interesse patrimoniale [4]).

28. Ora, considerando nel loro complesso tutti i testi dei quali abbiamo fatto parola relativamente alla stipulatio, a noi sembra che non possano nascere dubbi sul carattere rigorosamente patrimoniale della stipulatio certi sia nel diritto classico che in quello giustinianeo [5]). Trattandosi invece d'un incertum, si riconosce non poca li-

[1]) Cfr. Dig. 30, 44, 8. dove in sostanza si ripete lo stesso concetto: iam enim aestimatio ab eo non petitur hominis liberi.

[2]) *Labeo*, III, p. 190.

[3]) Dig. 22, 1, 2; 13, 6, 3, 2; 12, 1, 22; 13, 3, 4. Cfr. anche Dig. 30, 45, 2; 46, 3, 92 pr. etc.

[4]) Dig. 45, 1, 38, 17 segg; Inst. 3, 19, 19; Cod. 8, 38, 3 pr.; accenni all'interesse patrimoniale dello stipulante si hanno anche nei testi seguenti, benchè non si riferiscano alla stipulatio alteri, Dig. 45, 1, 95 (cfr. su questo testo PERNICE, *Labeo*, III, 1, 187), 45, 1, 97, 1; 118, 2. I richiami all'interesse dello stipulante nei testi cit. sono dovuti ai compilatori PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 187 segg.; PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, p. 23 segg.; FERRINI, *Enciclopedia giuridica*, voc. *Obbligazione*, p. 707 segg.

[5]) Cfr. p. 253 n. 2 e 3. Come è noto, è dei compilatori il principio che dalla

Digitized by Google

bertà al giudice nel fissare la condanna[1]) e ne sono note le cause. La prima deve ricercarsi appunto nell'incertezza della prestazione dedotta nella stipulatio, l'altra, non meno importante, è che a tali stipulazioni possono accedere, e accedono in realtà il più delle volte, clausole speciali e segnatamente la clausola doli, le quali finiscono quasi per trasformare l'a. da rigorosa in azione di b. f.[2]). Che tutto ciò abbia permesso una sì larga interpretazione del quanti ea res est[3]) dedotto assai spesso in stipulazione e dell'eius condemna della formula[4]) da comprendere anche l'interesse non patrimoniale dello stipulante può, a nostro avviso, escludersi con sufficiente certezza. Se così fosse stato, noi ne troveremmo indubbiamente tracce abbondanti e sicure, perchè non fanno certo difetto nelle fonti i testi relativi all'a. ex stipulatu, mentre non solo non si ha ciò, ma ad ammettere un sì esteso potere da parte del giudice fa difficoltà il cerattere patrimoniale della stipulatio certa, il grande impiego, che qui troviamo della clausola penale[5]), l'accenno che si fa in più d'un testo alla necessità della prova dell'interesse[6]) e il requisito dell'interesse patrimoniale con tanta insistenza richiesta del diritto ultimo sopratutto in materia di stipulatio alteri.

B) Azioni di buona fede.

29. Nelle formule delle azioni di b. f. la condemnatio presuppone una intentio incerta, nella quale si prescrive espressamente al giudice

stipulatio certi nasca la condictio: Dig. 12, 1, 24, 1 Inst. 3, 15 pr. Naber *Mnemosyne* XX obser. XVII.

[1]) L'a. è diretta al pieno id quod interest dello stipulante. Dig. 5, 1, 43; 42, 1, 13 pr.; 45, 1, 68; 81 pr.; 112, 1; 113, 1; 133; 135, 3; 46, 8, 19; 21, 2, 31. Inst. 3, 15, 7; verosimilmente in esso trovava luogo una taxatio. Lenel, *Editto*, I p. 174 n. 3. Cfr. anche Cod. 8, 38 (39), 3, 1.

[2]) Cfr. Huschke, *Gaius*, p. 227; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 711; Pernice, *Labeo*, 2². 1, p. 164.

[3]) Dig. 46, 5, 2, 2; 46, 7, 19, 1; 46, 8, 8, 2; 39, 2, 18, 10; 2, 8, 2, 5; 45, 1, 81, 1; 39, 1, 21, 7; 37, 6, 5, 3; 35, 1, 67; 35, 3, 1 pr.; 2. Donatio Flavii Syntrophi Bruns, *Fontes* (6ª ed.), p. 298. Ma il quanti ea res est è interpretato nel senso di quanti interest. Dig. 46, 8, 2; 8, 2; 13 pr.; 39, 2, 5, 2; 28; 37; 2, 11, 12, 1; 14; 45, 1, 81, 1; 39, 1, 21, 7; 46, 5, 11.

[4]) Lenel *Editto I*, p. 171.

[5]) Dig. 45, 1, 71; 81 pr.; 137, 7; 46, 5, 11; Inst. 3, 15, 7; 3, 19, 21; cfr. anche i test cit. a p. 251 n. 4 e 5.

[6]) Anche nelle stip. pretoriae, Dig. 46, 5, 11.

Digitized by Google

di aver riguardo alla buona fede: quidquid ob eam rem dare, facere, (praestare) oportet ex fide bona, eius condemna. Di più in un famosissimo fr. di Papiniano Dig. 17, 1, 54 pr. si afferma che: placuit... prudentioribus et affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam. Nondimeno gravi dubbi si sono sollevati relativamente al principio contenuto in questo testo; ai più è sembrato che esso dovesse interpretarsi nel senso che l'affectus potesse essere motivo sufficiente per intentare l'azione nei giudizi di b. f, ma che non avesse influenza sull'ammontare della condanna [1]). Pernice crede che le parole surriferite siano da attribuire ai compilatori e che si tratti di un principio, il quale non ha trovato pratiche applicazioni neppure nel diritto giustinianeo [2]). La questione, che sarebbe già di per sè non facile a risolvere, diviene ancora più grave per uno scolio di Stefano [3]), da noi già citato in principio del presente studio, nel quale si dice che, mentre nelle azioni in rem il giudice non può aver riguardo all'affectus nel determinare l'id quod interest, di esso deve tener conto nei giudizi di b. f. Per poter decidere quale importanza sia da attribuire alla legge 54 mand. e a questa testimonianza di Stefano occorre un paziente e minuzioso esame dei testi relativi alle azioni di b f., che hanno attinenza con la nostra questione.

30. Innanzi tutto si può senza tema di errare escludere, che sempre e in tutti i giudizi di b. f. abbia trovato luogo nella condanna una valutazione delle ragioni d'affetto che poteva avere l'attore.

Nel comodato, nel deposito e nel pegno i testi, che trattano della responsabilità per i danneggiamenti arrecati alla cosa, mettono chiaramente in rilievo che si ha riguardo solo al deprezzamento che essa ha subito (res deterior facta) [4]). È noto anzi che spesso questi testi si riferiscono alle azioni in factum [5]), derivanti da quei contratti, le quali avevano per iscopo di assicurare la restituzione della cosa: i giureconsulti deducono la responsabilità per danneggiamento dal considerare che, chi restituisce la cosa deteriorata, non videtur red-

[1]) F. Mommsen, *Beiträge* II, p. 133; Cohnfeldt *Interesse* p. 75; Brinz, *Pand.* § 239, n. 12.

[2]) *Labeo*, 3. 1. p. 185.

[3]) Basilici (Heimbach), 13. 1. 3. 2.

[4]) Dig. 13, 6, 3, 1; 16, 3, 1, 16; 9, 2, 42; Cod. 4, 24. 3; 7 pr.; arg. Dig. 42, 5, 9, 5; cfr. anche 13, 6, 10 pr.; 23.

[5]) Dig. 13, 6, 3, 1; 16, 3, 1, 16; Lenel. *Paling.* Ulp. 800, n. 2; 892. n. 2.

Digitized by Google

dere [1]). Ora tali azioni erano al quanti ea res est e noi già vedemmo che tale condemnatio nelle azioni private escludeva la stima di danni non patrimoniali [2]). Per quanto le azioni in ius fossero più comprensive, i criteri relativi alla responsabilità per i danneggiamenti arrecati alla cosa non potevano essere molto dissimili, perchè di queste azioni in factum, accolte nell'editto adrianeo, i commentatori dell'editto stesso si occuparono largamente, e largamente di questa parte dei loro commentari si giovarono i compilatori giustinianei.

Del resto che i compilatori stessi avessero il concetto che con le azioni di comodato, di deposito e con la pignoraticia non potesse ottenersi per regola altro che il risarcimento del danno patrimoniale può dedursi dal fatto che, p. es, in caso di concorso tra l'a. legis Aquiliae e quella di comodato, ammettono che con la prima può l'attore agire per ottenere quod minus ex causa comodati consecutus est [3]). Sicchè, a loro giudizio, con l'a. contrattuale si otteneva per regola un risarcimento più limitato di quello che si otteneva con la legge Aquilia, la quale se ammetteva la repetitio temporis [4]) escludeva però ogni riguardo all'interesse d'affezione [5]).

31. Questa stessa considerazione fa ostacolo per ritenere che dell'affetto siasi, almeno per regola, tenuto conto non solo nella a. locati sul carattere patrimoniale della quale non può davvero dubitarsi [6]),

[1]) Testi cit., p. 256 n. 4.

[2]) Cfr. p. 243. Le considerazioni fatte nel testo inducono a ritenere che non provi la possibilità di un risarcimento del danno morale l'a. depositi che da più fr. (Dig. 9, 2, 42; 16, 3, 1, 38) risulta concessa al testatore contro il depositario che cancellò le tavole del testamento a lui affidato. I testi ora indicati sono probabilmente da riferire all'a. depositi in factum Pernice Labeo 2² 2, 1, p. 213 (conf. però ora Lenel Editto II p. 2) e in essi si deduce la responsabilità del depositario considerando il danno materialmente recato alla cosa (depositi actione recte de *tabulis* agi posse Dig. 16, 3, 1, 38 - quia corruptam rem restituerit Dig. 9, 2, 42). Il depositario infedele sarà quindi condannato al pretium tabularum conf. p. 233 n. 1 e 2 e incorrerà nell'infamia. La difficoltà della stima dell'id quod interest in questo caso rilevata da Marcello e da Ulpiano (9, 2, 41 pr.) non può indurre a diversa conclusione, perchè quanto ivi è detto si riferisce alla stima del danno secondo la legge Aquilia e al valore relativo del documento danneggiato, come emerge chiaramente dal fr. cit.; conf. anche 47, 2, 32, 1.

[3]) Dig. 13, 6, 7. 1; ALIBRANDI, *Opere*, I, p. 190.

[4]) Dig. 44, 7, 34, 2. Anche questo testo è notoriamente interpolato EISELE *Archiv für die civ. Pr.* Vol. LXXIX (1892) p. 345-349.

[5]) Cfr. p. 237.

[6]) Dig. 45, 1, 38, 25; 19, 5, 5, 2.

Digitized by Google

ma anche nell'a. pro socio: troviamo infatti che non pochi testi trattano della responsabilità per i danneggiamenti arrecati alla cosa locata e per il ferimento del servo locato o comune, e si dichiara anche qui che l'attore non può agire con l'azione contrattuale e con quella derivante dalla legge Aquilia, ma deve essere pago del risarcimento che ottiene con una sola di esse [1]).

Inoltre con l'a pro socio in caso di ferite al servo comune o in quello in cui sia rimasto ferito il socio stesso, dicono i testi che si ottiene il rimborso delle spese di cura [2]) e solo un risarcimento non dissimile può ottenersi con l'a. locati, come può dedursi dalla specie famosa, trattata da Giuliano al libro 86° dei Dig., e riferita da Ulp. in due luoghi dei suoi commentari all'editto [3]).

Non insistiamo più oltre su questo punto, perchè non possono sorgere seri dubbi sull'affermazione da noi fatta poc' anzi, che cioè neppure nei giudizi di b. f. si è sempre tenuto conto nella condanna dell' interesse non patrimoniale.

32. Però non può escludersi che in qualche caso siasi fatto ricorso a un criterio diverso.

Nel diritto classico fu in vigore un istituto della massima importanza e che servì a scopi svariatissimi: alludiamo alla fiducia. Per quanto i compilatori si siano studiati di cancellarne le tracce nella compilazione giustinianea, se ne conoscono con sufficiente certezza le applicazioni, ed è noto che nell'a. fiduciae il giudice ebbe una grande libertà di apprezzamento.

Nei casi in cui trova applicazione l'a. fiduciae è difficile ammettere una condanna limitata ai soli pregiudizi patrimoniali, perchè, se essa avesse dovuto contenersi in questi limiti, spesso non avrebbe raggiunto lo scopo. Lasciando da parte la fiducia familiare per i dubbi che solleva, una condanna a scopo di soddisfazione può ammettersi nella fiducia manumissionis, perchè forse solo in tal modo il pactum fiduciae poteva trovare adeguata sanzione [4]). Invero il fiduciario assume in tal caso un obbligo che eccede i limiti di quelli puramente

[1]) Dig. 19, 2, 43; 25, 5; 9, 2, 27, 11. Coll. 12, 7, 9. — Dig. 17, 2, 47, 1; 48; 49; 50.
[2]) Dig. 17, 2, 52, 4; 60, 1; 61.
[3]) Dig. 19, 2, 13, 4; 9, 2, 5, 3; 6; 7 pr. arg. 14, 2, 2, 2.
[4]) PERNICE, *Labeo*, 3. 184; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 572.

Digitized by Google

patrimoniali [1]) è nel padrone occorre spesso presupporre un interesse d'affezione [2]). Ma nelle fonti non si hanno dirette testimonianze di tale condanna nella fiducia manumissionis non solo perchè i compilatori hanno cancellato i ricordi della fiducia, ma anche perchè il diritto imperiale in questo e in altri casi assicurò al servo il diritto di ottenere coattivamente la libertà [3]). Di una simile condanna è però rimasta traccia in un caso di fiducia cum creditore: Dig. 13. 7. 24, 3.:

« *Ulp. libro 30 ad Ed.* In pignoraticio iudicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. Plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel optulit praefecturae vel praesidi dicendum est pignoraticia creditorem non teneri. Quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit illico pignus ancillae solvitur ».

Questo testo riferivasi in origine indubbiamente all'a. fiduciae [4]) I compilatori nell'adattarlo al pegno hanno sostituito i richiami all'a. fiduciae con quelli relativi all'a. pignoraticia ed hanno anche sostituito la parola servos o mancipia con res (res male tractavit!) [5]). L'ultima parte, dove si parla della liberazione dal pegno, è un'aggiunta dei compilatori [6]). Leggendo il testo, quale doveva essere originariamente, e, tenendo conto che forse Ulp. lo scrisse commentando le parole: 'uti inter bonos bene agi oportet' della formula dell'a. fiduciae [7]), non può non rilevarsi che, mentre per regola nelle azioni private si parla di servus deterior factus [8]), allo stesso modo che dicesi res deterior facta [9]), qui si tratta in termini generalissimi di maltrat-

[1]) Arg. Dig. 19, 5, 5, 2.

[2]) Era frequentissimo il caso che lo schiavo acquistasse la libertà per mezzo di parenti; Dig. 19, 5, 5 pr.; 17, 1, 54 pr.; 40, 1, 19.

[3]) PERNICE, *Labeo*, 3. 134.

[4]) LENEL, *Paling*. Ulp. 904.

[5]) Tutto il testo si riferisce agli schiavi e le parole male tractare nel senso di durius habere non trovansi normalmente riferite a cose (cfr. DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, voc. *tractare*, § 1). Anche altrove i compilatori hanno sostituito res dove parlavasi di servi; cfr. Dig. 17. 1. 49, e le giuste osservazioni e gli abbondanti richiami di MANCALEONI. *Archivio Giuridico* nuova serie, vol. II, (1898), p. 506, n. 7.

[6]) PERNICE, *Labeo*, 2². 2, 1, p. 115, n. 3.

[7]) LENEL, *Paling*. Ulp. 904.

[8]) Dig. 11, 3; 1 pr.; 3 pr.; 9, 2, 27, 17; 21, 1, 1; 23, pr.; 25 pr ; 1, 5. 6; 19, 1, 45 pr. 30. 108, 1L; Paolo Sent. 1. 13. 5; 3. 6. 23.

[9]) Vedi p. 236 n. 4.

Digitized by Google

tamenti inflitti allo schiavo, dei quali dovrà rispondersi nel iudicium fiduciae. Tutto fa ritenere che fondamento della condanna non è il deprezzamento subíto dallo schiavo, ma la condotta riprovevole del fiduciario.

Nondimeno neppure questo testo fornisce un argomento decisivo per ammettere che nell'a. fiduciae potesse aversi un vero e proprio risarcimento del danno morale. Noi sappiamo troppo poco relativamente alla formula di tale azione; ma, allo stato attuale delle fonti, non può dirsi senz' altro infondata l'ipotesi che l'a. fiduciae fosse, almeno in origine, un' actio in bonum et aequum concepta [1]). D'altra parte occorre anche tener conto della spiccata tendenza che s' incontra nell'epoca classica a reprimere l'eccessiva sevizia dei padroni e a render migliore la condizione degli schiavi. Dai numerosi procedimenti diretti a questo fine, è facile arguire che il maltrattamento del servo spesso nell'epoca classica è considerato da un punto di vista penale. Inoltre troviamo che nel iudicium rei uxoriae, nel quale il giudice non ebbe certo libertà minore che nel iudicium fiduciae, si parla in termini non dissimili a quelli adoprati nel testo soprariferito della responsabilità del marito per i maltrattamenti abusivamente inflitti ai servi dotali: Dig. 24, 3, 24, 5.

« *Ulp. 30 ad Ed.* Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum an de hoc possit conveniri? Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine. Si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget [adhibet], nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coërcenda est hoc est in dotalibus ».

Il concetto, svolto nel testo, che cioè si deve reprimere l' eccessiva sevizia del marito, rende verosimile che anche qui nella condanna non si sia tenuto conto soltanto del deprezzamento dello schiavo; ma noi già vedemmo che l'a. rei uxoriae fu in origine un'azione penale in bonum et aequum concepta [2]). Ora, come in questo caso la tradizione dell'antica formula penale in bonum et aequum dell'a. rei

[1]) GIRARD, *Manuel*, 3ᵉ ed., p. 519, n. 3.
[2]) Cfr. p. 222.

Digitized by Google

uxoriae rende possibile la stima del danno non patrimoniale, così è verosimile pensare che avvenga nell'a. fiduciae: fondamento della responsabilità non è il solo deprezzamento dello schiavo, perchè la condanna non ha solo per scopo di risarcire il danno risentito dal fiduciante.

33. D'interesse d'affezione a favore degli schiavi si tratta anche in Dig. 17, 1, 54:

« *Papinianus libro 27 quaestionum* Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam). Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet an utiliter de peculio agere possit. Et verius et utilius videtur pretorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent ».

Papiniano ricerca se sia valido il mandato, che il servo abbia conferito a un terzo, di riscattarlo dal proprio padrone, e, mentre riconosce che per regola tale mandato è nullo, ne ammette la validità, quando il servo l'abbia conferito a scopo di manomissione e il padrone sia animato da un sentimento di benevolenza e d'affetto verso lo schiavo. In tal caso, dice Papiniano, il mandato è valido e il dominus, non solo potrà ottenere, come venditore, il prezzo dello schiavo; ma potrà anche per un sentimento d'affetto verso il servo agire con l'a. mandati contro il terzo, se questi non lo manometterà. Come esempio d'affetto, che legittimi l'a. mandati da parte del dominus, si adduce la parentela che egli abbia con lo schiavo e, a giustificazione del concedersi l'a. in tal caso, trovasi detto che: *placuit prudentioribus affectus rationem in b. f. iudiciis habendam.* Conclude Papiniano, negando l'a. de peculio al terzo compratore contro il dominus, anche se avesse pagato il prezzo con danaro proprio, e osservando che non poteva ritenersi applicabile a simili contratti dei servi l'editto de peculio, perchè in caso contrario essi si sarebbero sottratti indebitamente al proprio padrone.

Il punto più notevole del fr. in esame, oltre le parole: placuit enim prudentioribus ecc., è che l'obbligo della manumissione è rico-

Digitized by Google

nosciuto indipendentemente dal contratto di compra-vendita, per modo che il dominus può agire con l'a. venditi e con l'a. mandati; si tratta indubbiamente di una decisione eccezionale, che trova la sua spiegazione non solo pel favor libertatis, ma per uno speciale riguardo alla cognatio servilis. Però, riconosciuto al padrone il diritto di agire con l'a. mandati, se, mosso da un sentimento d'affetto, si fa ad esigere la manumissione promessa dal terzo al servo venduto, ed escluso, come è senza dubbio, che questi possa costringere il compratore a dargli la libertà [1]), l'a. mandati dovrebbe esser diretta a una condanna pecuniaria a scopo di soddisfazione, liberamente rimessa all'apprezzamento del giudice. Invero, se la condanna dovesse essere all'interesse dell'attore, mancherebbe qualsiasi criterio per accordare al dominus un risarcimento dal punto di vista patrimoniale, perchè egli non viene a risentire alcun danno di tale natura dalla mancata manumissione. Nè potrebbe farsi ricorso a un concetto di Sabino, del quale diremo tra breve [2]), e limitare il diritto del dominus alla differenza tra il valore reale dello schiavo e il prezzo convenuto più basso nel contratto di compra-vendita per la limitazione posta al diritto del venditore con l'obbligo della manumissione, perchè tale concetto può solo applicarsi dove l'obbligo della manumissione costituisce un patto della compra-vendita. E neppure potrebbe pensarsi a una penale [3]), perchè di essa non v'è traccia nel testo ed è inconciliabile con l'a. mandati, che Papiniano concede al dominus cumulativamente con l'a. venditi.

Qualche cosa di simile si ha nella tutela. Il tutore presta un munus, un officium e in essa ha certamente influenza decisiva la b. f. [4]). Un esempio assai notevole ne fornisce Giuliano, riferito da Ulp. in

[1]) Al conseguimento della libertà da parte del servo farebbe ostacolo che l'onere della manomissione viene a ricadere sul manomittente. Infatti nella quaestio pap. il servo non è alienato con l'obbligo della manomissione imposto dal padrone nell'atto dell'alienazione (Cost. degli impp. Marco e Comodo ad Aufidio Vittorino, Cod. 4, 57. 2: PERNICE, *Labeo*, 3, 131); nè è un suis nummis redemptus (rescritto dei divi fratres Dig. 40. 1. 4 pr., non ignoto a Pap. Dig. 40. 1. 19). Del resto Pap. parla di a. mandati, il che esclude che possa trattarsi di un caso in cui il servo poteva essere ammesso a reclamare la libertà, perchè tale questione veniva decisa, extra ordinem.

[2]) Pag. 274.

[3]) Così BRINZ, *Pand.* § 239, n. 13.

[4]) Dig. 26, 7, 5, 7, 8; 55, 1; 12, 3.

Digitized by Google

Dig. 27, 3, 1, 2, [1]). Labeone aveva già riconosciuto al tutore il diritto di ottenere quanto aveva speso per alimentare la madre del pupillo [2]), ma Giuliano non solo conferma ciò, osservando che, essendo il iudicium tutelae di b f., nessuno presterebbe ascolto al lamento che movesse il pupillo [3]), perchè il tutore prestò gli alimenti alla madre o alla sorella di lui, ma arriva persino a concedere l'a. contro il tutore, che avesse tralasciato un tale officium. Anche qui evidentemente la condanna dovrebbe pensarsi diretta a una somma di danaro liberamente rimessa all'apprezzamento del giudice, perchè il pupillo non viene a risentire alcun danno patrimoniale [4]).

Finalmente un altro caso, in cui si concede l'a. in base a un semplice interesse morale, ci è fornito da un testo di Paolo Dig. 21, 2, 71. Ivi si tratta se competa al padre l'a. ex stipulatu o ex empto in caso di evizione del fondo dato in dote alla figlia, anche quando egli non abbia diritto alla restituzione della dote. Nel testo, dopo molte incertezze, si risolve affermativamente la questione per un riguardo all'affetto paterno e all'interesse morale, che ha il padre perchè la propria figlia non resti indotata ('interest enim patris filiam dotatam habere - quod magis paterna affectio inducit'). Anche qui dunque può pensarsi che il padre agisca solo per un interesse morale, e, se intenta l'a. ex empto, essendo questa per regola diretta all'id quod interest, potrebbe ritenersi che la condanna debba determinarsi in base a tale interesse.

[1]) « Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem et plerumque ita est; sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente, veluti si matri aut sorori quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius quaerentes, quod tam coniunctae personae alitae sint; quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit ».

[2]) Dig. 27, 3, 1, 4.

[3]) Cfr. Dig. 22, 1, 5.

[4]) COHNFELDT, *Interesse*, p. 81, pensa che il pupillo potrà richiedere al tutore il risarcimento del danno che è venuto a risentire perchè, mancando a tale obbligo, la madre e la sorella l'hanno convenuto in giudizio. Ma, a prescindere da qualsiasi altra considerazione, la madre e la sorella ai tempi di Giuliano non avevano diritto agli alimenti; anzi la questione trattata nel testo in tanto può nascere in quanto si ammette che tale obbligo non fosse stato ancora riconosciuto giuridicamente. Conf. del resto pag. 266, nota 3.

Digitized by Google

34. Possono dirsi decisivi per la nostra questione questi tre testi e valgono essi a far ritenere che nei giudizi di b. f., almeno in qualche caso, si faceva luogo al risarcimento del danno morale?

A nostro avviso questi testi sono stati alterati dai compilatori. Per l'ultimo, quello relativo alla concessione dell'a. empti per evizione del fondo dotale, è superfluo tornare a dimostrarlo, perchè l'interpolazione, del resto assai evidente, è stata già riconosciuta da autorevoli scrittori [1]).

Per quanto concerne la famosissima legge 54 mand. non mancano davvero gli argomenti per ritenere che la concessione dell'a. mandati deve attribuirsi ai compilatori. Pernice ha già riconosciuto l'interpolazione delle parole: 'placuit enim prudentioribus, ecc. [2]). Egli crede che i compilatori si siano qui ricordati della discussione fatta da Papiniano nello stesso libro a proposito dell'affectus nei patti relativi alla vendita degli schiavi [3]) e che abbiano tentato di estendere a tutti i giudizi di b. f. un principio che valeva soltanto per il mandato. Papiniano, secondo Pernice, doveva giustificare la concessione dell'a. mandati, adducendo le ragioni d'affetto che poteva avere il domino creditore all'osservanza del mandato; l'affetto quindi sarebbe stata la causa ex qua agitur; i compilatori, nell'estendere il principio a tutti i giudizi di b. f, avrebbero anche attribuito alle parole di Pap. un senso diverso, cioè che dell'affectus dovesse aversi riguardo nella condanna (in iudicium venire). Ma un attento esame del testo rivela che i compilatori non si sono limitati solo a introdurvi questa aggiunta. Si consideri che è oramai accertato che i bizantini usano e abusano della parola *ratio* e che sono bizantine in molti passi delle Pandette le espressioni 'deformitatis ratio', 'aquitatis ratio', 'pietatis ratio' [4]) sicchè dobbiamo diffidare dell'espressione affectus ratione contenuta nel nostro testo. Si consideri inoltre, come già ha rilevato Ferrini [5]), che se esso non fosse stato alterato anche sul punto

[1]) L'interpolazione già rilevata da Fabro fu poi confermata da PERNICE, *Labeo*, 3, p. 185, n. 2, e da FERRINI, *Pand.* p. 526, n. 3.

[2]) *Labeo*, 3. 1, p. 185.

[3]) Dig. 18, 7, 6; su questa cfr. p. 273. La quaestio ivi trattata è tratta dal libro 27° quaestionum, al quale appartiene anche la legge in esame.

[4]) Cfr. gli esempi e gli autori citati da ZANZUCCHI in *Archivio giuridico*, vol. LXXII, p. 205, n. 1.

[5]) Pand. p. 526, n. 1.

Digitized by Google

relativo alla concessione dall'a. mandati, invece di 'affectus ratione mandati agetur' troveremmo probabilmente: 'et affectus ratione mandati [dominus] aget', perchè non v'è nessuna ragione di ricorrere alla forma passiva, come si fa nel testo. Del pari troveremmo espresso il soggetto che deve reggere il verbo manumiserit nella frase che immediatamente precede: « sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur nec manumiserit (?), et pretium », ecc.

Queste considerazioni acquistano un valore decisivo, se si tiene presente che il fr. in esame, sempre per quanto concerne la concessione dell'a. mandati, trovasi in contradizione con la Costituzione di Diocleziano e Massimiano riferita in Cod. 4, 36, benchè la costituzione stessa ricordi in più punti assai da vicino la quaestio papinianea, della quale ci stiamo occupando. Eppure quegli imperatori statuiscono, in una specie simile alla nostra, che, se l'ancella non fu manomessa, il venditore non può esperire tanto l'a. venditi quanto l'a. mandati[1]). Si potrà forse obbiettare che la quaestio papinianea riguarda un caso eccezionale, quello cioè che vi sia una speciale ragione d'affetto da parte del domino ad intentare l'a mandati, come è appunto nel caso che lo schiavo da manomettere sia a lui legato da vincoli di parentela. Ma è ovvio rispondere che nella quaestio in esame questa ragione d'affetto è introdotta in modo singolarmente artificioso. Se lo schiavo da manomettere è legato da vincoli di parentela naturale col dominus, perchè questi non gli concede direttamente la libertà? Il testo non contiene alcun accenno a divieti di manumissione. Di più, se la concessione dell'a. mandati trova la sua giustificazione nel riguardo dovuto alla parentela e all'affetto del dominus, come mai potrebbe Pap concludere negando l'a. da peculio contro di lui, perchè in caso contrario il servo si sottrarrebbe a torto al padrone? Non è forse la cognatio servilis la più giusta delle cause di manumissione? Alla mente di Papiniano non si sarebbe potuto mai presentare un simile

[1]) La Cost. parla veramente di a. empti: « neque si tradita nec manumissa es etiam mandati de ancilla et empti de pretio consequendo tam contrarias actiones ei exercere concedi placuit ». Ma si tratta indubbiamente dell'a. venditi (cfr. Cuiacio, *Recit. in lib. IV priores Cod. Iusti.* 4. 36, *Opera omnia* Vol. IX, p. 2530. ed. Prato) Che invece nella quaestio pap. si ammetta il concorso delle due azioni non può essere messo in dubbio, perchè risulta espressamente dal testo: « et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur ».

Digitized by Google

concetto, perchè egli ha idee ben diverse a questo riguardo, come può agevolmente rilevarsi dalla pietosa decisione contenuta nella quaestio riferita in Dig. 40, 1, 19 [1]).

Finalmente neppure il fr. di Paolo relativo all'a. tutelae (Dig. 27, 3. 1, 2) è tale da rimuovere ogni dubbio di interpolazione. Si consideri che il riconoscimento del vincolo del sangue nella famiglia si compie principalmente al tempo di Giustiniano e che quindi i compilatori dovevano considerare con speciale favore l'obbligo degli alimenti a vantaggio della madre e della sorella del pupillo. Pernice vede qui uno snaturamento dell'a. tutelae: [2]) certo è che non è facile spiegarne tale applicazione. Infatti la concessione dell'a. dovrebbe risalire a Giuliano: «... nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit [Iulianus], pupillum aut substitutum eius quaerentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae si tale officium praetermiserit». Risulta dal testo, ed è cosa della quale non può dubitarsi, che il riconoscimento dell'obbligo degli alimenti a favore della madre e della sorella è avvenuto assai lentamente; ai tempi di Giuliano *iure civili* era ancora proponibile l'azione contro il tutore, se aveva prestato gli alimenti all'una o all'altra, ed è già un'innovazione introdotta da questo giureconsulto che nei casi più gravi si faccia luogo alla denegatio actionis. Con ciò evidentemente non si concilia troppo bene quanto segue nel testo, che cioè deve rispondere con l'a. tutelae il tutore che non prestò gli alimenti. Se l'obbligo degli alimenti a favore della madre e della sorella fosse stato già così efficacemente sentito, sarebbe stato superfluo trattare della denegatio actionis, e del pari sarebbe stato superfluo che Ulpiano nel suo commentario all'editto ritornasse un'altra volta sulla questione, come fa appunto al § 4 di questa stessa legge, per ammettere, citando Labeone, solo il diritto da parte del tutore ad imputare nel rendiconto della tutela la spesa sostenuta per alimentare la madre e la sorella del pupillo. Inoltre lo stesso Ulp. altrove dubita [3])

[1]) « *Pap. libro 33 quaest.* Si quis ab alio nummos acceperit ut servum suum manumittat etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerumque pecunia eius numerata sit, maxime si frater vel pater naturalis pecuniam dedit; videbitur enim similis ei qui suis nummis redemptus est ».

[2]) *Labeo*, 3. 1, p. 182.

[3]) Dig. 25. 3. 2: « *Ulp. 2 de officio consulis.* Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus pa-

Digitized by Google

che abbiano diritto agli alimenti la madre e gli ascendenti materni, e la decisione affermativa ivi contenuta è così incerta che appare verosimile che il riconoscimento di tale obbligo, e in modo neppure incondizionato, sia avvenuto assai tardi. Tutto ciò dimostra che al tempo di Giuliano la trasgressione al debito di pietà di prestare gli alimenti alla madre e alla sorella non poteva apparire così grave da legittimare l'esercizio dell'azione di tutela contro il tutore, che venne meno ad esso; tanto più che, se così fosse stato, se cioè questo fosse stato ritenuto come un obbligo vero e proprio, noi non sapremmo spiegarci, perchè il console non l'avrebbe riconosciuto giuridicamente, fin da allora, come ha fatto a favore di altri parenti.

Queste considerazioni, l'interpolazione delle parole: decreto scilicet interveniente, rilevata da Fabro [1]), le parole sospette *quin immo*, con le quali termina il testo in esame rendono, a nostro avviso, fondato il dubbio che la concessione dell'a. tutelae in questo caso sia da attribuire ai bizantini.

Noi dunque crediamo che i tre testi siano interpolati.

35. Va poi notato che in tutti e tre la concessione dell'a. non ha per iscopo precipuo la tutela dell'interesse morale dell'attore. L'a. è data più che altro per riconoscere in modo indiretto efficacia ad obblighi, che, a rigor di diritto, sarebbero inefficaci. Nella legge 54 mand. è evidente che lo scopo dell'a. è quello di riconoscere indirettamente efficacia alla convenzione del servo per il proprio riscatto e di costringere il compratore alla manumissione. Non meno evidente è tale carattere nel testo di Paolo relativo all'a. tutelae: l'interesse, che può avere il pupillo a che sia alimentata la madre e la sorella, è un mezzo per riconoscere indirettamente l'obbligo degli alimenti a vantaggio di costoro. Il favor dotis, più che l'interesse morale del padre, determina la concessione dell'a. empti in caso di evizione del fondo dotale.

rentes alere cogamur an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est ut utrubique se *iudex* interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus quorundam aegritudini; et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis singulorum desideria perpendere *iudicem* oportet ». I compilatori hanno sostituito la parola *consul* con *iudex* (LENEL, *Paling.* Ulp. 2063.); e non si sono certamente limitati a questa sola modificazione; il testo presenta indizi manifesti di altre interpolazioni.

[1]) *Iurisp. pap.* tit. 12. pr. 3. ill. 9.

Digitized by Google

Questo carattere speciale dei tre testi non è senza importanza per decidere se effettivamente in essi la condanna si commisurasse all'interesse morale dell'attore, come dovrebbe necessariamente essere, se in essi si tenesse conto del danno morale.

Che ciò si verifichi rispetto all'a. empti, può escludersi con ogni certezza: essa in questo caso deve ritenersi diretta, come l'a. ex stipulatu, al doppio del prezzo del fondo evitto e non all'interesse morale, che poteva avere il padre a che la figlia non restasse priva dalla dote. Ciò è stato riconosciuto quasi unanimemente dagli scrittori che hanno trattato della nostra questione [1]) e trova ora conferma in recenti ricerche compiute dal De Ruggiero a proposito della stipulatio duplae nei papiri greci [2]). Rispetto agli altri due testi nulla può con certezza affermarsi a tale riguardo. Certo è però che tra le ipotesi possibili deve annoverarsi anche quella, che l'a. possa essere diretta al danno patrimoniale, calcolato obbiettivamente, anzichè all'interesse morale dell'attore. Non ignoriamo che, a far determinare in questo modo il risarcimento del danno nella specie di Paolo relativa all'a. empti, ha influito il modo speciale, con cui venne riconosciuta in diritto romano la responsabilità per l'evizione e segnatamente il generalizzarsi della stipulatio duplae, ma non convien dimenticare che, anche in altri casi da noi già esaminati, trovasi applicato il principio che, in mancanza di interesse patrimoniale, la condanna si determina in base al danno patrimoniale calcolato obbiettivamente o al valore della cosa dedotta in giudizio [3]). Abbiamo dunque che mentre il diritto romano non ha esempi, come vedremo, di condanne all'equivalente dell'interesse morale che non siano penali, si ha invece qualche esempio di condanna al danno patrimoniale, calcolato obbiettivamente, a favore di chi agisce per la lesione di un semplice interesse morale. È perciò fondato il dubbio che ad una simile condanna siasi fatto ricorso anche nei due casi che stiamo esaminando.

Ma, quando anche fosse dimostrato che nell'uno e nell'altro testo la condanna è all'equivalente dell'interesse morale dell'attore, non sarebbe detta, per quanto lo concerne la nostra questione, l'ultima

[1]) MOMMSEN, *Beiträge zum Oblig.* II, p. 126; COHNFELDT, *Interesse*, p. 78; PERNICE, *Labeo*, III, p. 185, n. 2.

[2]) *Bull. dell'Ist di dir. rom.* XIV, 1901, p. 118.

[3]) Cfr. pp. 228, 229, 231.

Digitized by Google

parola, perchè allora occorrerebbe di necessità rammentare che tanto la tutela, quanto il mandato, furono in origine compresi tra quei iudicia de mala fide di cui parla Cicerone accanto a tutta una serie di giudizi penali [1]), che l'a. tutelae e mandati furono, e sono rimaste sino nelle fonti giustinianee, azioni infamanti [2]) e che, trattandosi nell'un caso e nell'altro di rapporti posti un tempo sotto la sanzione della fides [3]), potrebbe pensarsi che la difficoltà della stima sia superata, perchè l'una e l'altra azione adempiono quasi una funzione penale. La possibilità di un risarcimento del danno morale ci richiamerebbe ancora una volta in un campo assai vicino a quello penale.

In conclusione per i dubbi che sollevano a noi sembra che neppure questi tre testi offrano una prova sufficiente per far ritenere che nei giudizi di b. f. si facesse luogo al risarcimento del danno morale.

36. Prescindendo da quelli ora esaminati, le fonti non offrono esempi sicuri di condanne pecuniarie nei giudizi di b. f. dirette a risarcire lesioni d'interessi d'indole non patrimoniale. Così a proposito del mandato, Ulp. dice (Dig. 17, 1, 8, 6) che l'a. mandati compete, quando il mandante vi abbia interesse e che, se tale interesse viene a mancare, anche l'a. cessa et eatenus competit quatenus intersit. Dal testo non risulta che tali parole siano da riferire solo ad interessi d'indole patrimoniale, ma, se si eccettua la legge 54 mandati da noi ora esaminata, mancano esempi di questa azione, che debbano necessariamente riferirsi a tutela d'interessi non patrimoniali. A torto si farebbe ricorso a una decisione di Marcello riferita da Ulp. (Dig. 17, 1, 12, 17) nella quale si concede l'a. mandati directa all'erede contro colui che era stato incaricato dal testatore di costruirgli un monumento dopo la morte [4]). Il testo, quale si legge nelle Pandette, è guasto ed è forse anche interpolato su questo punto [5]). In ogni modo la validità di tale man-

[1]) Cic. *de natura deorum*, 3. 30. 74.

[2]) LENEL, *Editto*, 1, p. 87 segg.

[3]) PERNICE, *Labeo*, I, p. 441 segg.

[4]) « Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit ».

[5]) Cfr. LENEL, *Paling.* Ulp. 912; Gaio. 2. 158; Dig. 46. 3. 108. Cod. 4. 11. WINDSCHEID, *Pand.* § 411, n. 5 - contra KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II, p. 664; ZIMMERN in *Archiv fur civ. Praxis*, vol. IV, p. 241, non sembra alieno dall'am-

Digitized by Google

dato post mortem e la possibilità dell'esercizio dell'azione da parte dell'erede potrebbero anche spiegarsi, senza ritenere che questi agisca solo per l'interesse morale, che poteva avere a che fosse osservata la volontà del testatore. Egli infatti, come erede, ha il ius sepulcri sul monumento che dovrà costruirsi [1]), e può pensarsi che agisca con l'a. mandati per far valere questo suo diritto che ha anche un valore patrimoniale [2]).

Nei casi trattati da Ulp. in Dig. 17, 1, 6, 4; 16 si hanno esempi di mandati, all'esecuzione dei quali non risulta che il mandante abbia un interesse patrimoniale. Ma ivi è parola soltanto dell'a. mandati contraria [3]), la quale in questi casi, come di regola, è diretta al rimborso delle spese fatte e alla liberazione dalle obbligazioni assunte nell'eseguire il mandato.

Anche all'a. mandati contraria si riferisce un fr. dei Digesti di Marcello (Dig. 17, 1, 49 pr.) ed essa ha per iscopo di indennizzare il mandatario, che, senza saperlo, ha venduto lo schiavo proprio, credendolo del mandante. L'a. è data «si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit» e potrebbe perciò pensarsi che la stima del servo venduto possa farsi secondo il prezzo di affezione. Però anche questo testo è certamente interpolato, e l'ammissibilità di tale azione in questo caso mal si concilia con i principî che regolano il mandato [4]).

37. Più manifesto è il carattere patrimoniale delle azioni derivanti dalla compra-vendita. Lasciando da parte i temperamenti introdotti a favore di chi acquista in buona fede il fondo religioso ritenendolo puro, e l'uomo libero ritenuto schiavo, e la validità della vendita del fondo in cui siano modica loca religiosa o sacra [5]), perchè ciò non

mettere che la validità di questo mandato post mortem sia una eccezione fatta per riguardi religiosi o perchè il mandato può esser eseguito solo dopo la morte, e cita eccezioni analoghe ispirate al favor dotis e libertatis, Dig. 23, 3, 9, 1; 40, 2, 4 pr., ma anche questi sono interpolati; cfr. sul primo LENEL, Ulp. 2757; FERRINI, *Pand.* p. 193, n. 2; PERNICE, *Labeo*, 3. 268, e sull'altro, la lex gemina, 40, 9, 15, 1, dalla quale risulta che Giuliano diceva appunto l'opposto (LENEL, *Paling.* Iulianus, 585, n. 2).

[1]) Cfr. p. 277.

[2]) Pag. 278, n. 3.

[3]) Sul primo dei testi cit. cfr. PERNICE, *Labeo*, III, p. 185, n. 1.

[4]) Ciò è dimostrato in modo esauriente da MANCALEONI in *Archivio giuridico* Vol. LXI, p. 460 sgg.

[5]) GIRARD, *Manuel*, 3ª ed. p. 440-441; FERRINI, *Pand.* p. 570-571.

Digitized by Google

ha diretta importanza per la nostra questione, carattere patrimoniale ebbe la venditio liberorum, la quale nel diritto ultimo finisce per assimilarsi a una locatio operarum [1]).

Nel iud. redhibitorium il compratore deve restituire lo schiavo e le accessioni e deve indennizzare il venditore si quid post venditionem traditionemve [homo] deterior factus est [2]). Per quanto l'editto edilizio sia stato largamente interpretato [3]), fondamento della responsabilità è il deterioramento del servo dal punto di vista patrimoniale, ovvio essendo che, anche i vitia animi del mancipio, possono stimarsi da questo punto di vista [4]). Nè varrebbe opporre che anche per quei vizi dello schiavo venduto, per i quali non si concede il iud. redhibitorium, è tuttavia ammessa l'a. empti [5]), perchè non può dubitarsi che le qualità fisiche e morali, che non rientrano nel concetto dei morbi e dei vizi dell'editto edilicio, costituiscono pur sempre un elemento per determinare il valore dello schiavo e non sfuggono, presso un popolo che conosce la schiavitù, a un'esatta stima dal punto di vista patrimoniale. Del resto non appare che siano stati apprezzati con un criterio diverso.

38. Da più testi (Dig. 21, 1, 26; 19, 1, 43; 44; 45; 30, 1) risulta che il compratore ha l'a. ex empto contro il venditore, se avendo manomesso lo schiavo venduto, non potè acquistare il diritto di patronato, o perchè il servo non apparteneva al venditore, o perchè a lui spettava ancor prima della vendita la libertà per fedecommesso. A noi sembra che in questo caso, come in quello precedentemente esaminato di evizione del fondo dotale [6]), l'a. ex empto sia diretta al pagamento del doppio del prezzo e delle spese. Ma quando anche si ritenesse che nel caso in esame l'a. ex empto è diretta all'equivalente pecuniario del diritto di patronato, che avrebbe avuto il compratore, se avesse

[1]) Cod. 4, 43, 1; 2. Cfr. pag. 230, n. 1; FERRINI, *Pand.* p. 65 sgg.

[2]) Dig. 21, 1, 1, 1; LENEL, *Editto* 11, p. 304.

[3]) Dig. 21, 1, 23 pr.; 25, 6.

[4]) Cfr. Dig. 11, 3, 9, 3. Del riguardo che si ha nella redhibitio alla parentela degli schiavi, all'incomodo e ai sentimenti di pietà Dig. 21, 1, 35; 38, 14; 39; 40 etc. non è il caso di parlare, perchè ciò ha importanza solo rispetto al modo di fare la restituzione degli schiavi venduti.

[5]) Dig. 22. 1. 1, 9. 10, 11; 2; 3; 4 pr. 1, 2, 3, 4.

[6]) Vedi p. 263. Cfr. anche Cuiacio *in lib. V Quaest. Pauli* Opera Omnia (ed. Prato), V, p. 1630; LEIST-GLÜCK, *Pand.* 4. 429; COHNFELDT, *Interesse*, p. 116.

Digitized by Google

potuto validamente manomettere lo schiavo [1]) non se ne potrebbe dedurre che con l'a. ex empto poteva ottenersi il risarcimento di danni non patrimoniali. Per quanto non manchino testi, dai quali risulta che l'acquisto del patronato non si considera come un arricchimento [2]), e che una volta si dica persino che è inestimabile [3]), ad esso si riconnettono, come è noto, vantaggi d'indole morale e vantaggi economici. Questi ultimi possono richiedersi ed effettivamente si richiedono per regola tanto con azioni di stretto diritto che con azioni di buona fede [4]). Le decisioni che negano all'acquisto del patronato il carattere d'un arricchimento non si riferiscono che a casi speciali [5]), come del pari a un'ipotesi del tutto particolare si riferisce il testo che dice il diritto stesso inestimabile [6]).

39. Finalmente al contratto di compra-vendita possono essere aggiunti patti, all'esecuzione dei quali non può sempre riconoscersi che il venditore abbia un interesse patrimoniale. Il venditore può limitare la libertà da parte del compratore di disporre del fondo venduto [7]) e Giustiniano, rimuovendo i dubbi degli antichi giureconsulti, dichiara efficace anche il patto 'ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito.. monumentum extruere vel alio modo humani iuris eum eximere' [8]). Che gli antichi dubitassero della validità di quest'ultimo patto e degli altri unicamente, perchè faceva difetto un interesse di natura patrimoniale [9]), è poco probabile. Pomponio e Paolo in si-

[1]) Cfr. Ihering par. cit. a pag. 208, n. 4, e Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, p. 151, n. 11.

[2]) Così Dig. 50, 17, 126, 1, ma il testo si riferisce al S. C. Giovenziano, Lenel, *Paling*. Ulp. 527 (cfr. anche Dig. 5, 3, 25, 11, 17). L'a. quod metus causa, alla quale sembra si accenni in Dig. 40, 13, 2 è data contro gli eredi solo nella misura di ciò che loro pervenne (Dig. 4, 2, 16, 2; 20). Valida è anche in questo caso la donazione tra coniugi Paolo 2, 23, 2; Dig. 24, 3, 62; 63; l'acquisto del patronato da parte di uno dei coniugi non si considera quale un arricchimento, cfr. da ultimo, De-Medio, *Intorno al divieto di donare tra coniugi* (Modena 1902), p. 76 sgg.

[3]) Dig. 19, 5, 5, 5. Vedi p. 275, n. 6.

[4]) Arg. Dig. 12, 6, 65, 8; 24, 3, 24, 4; 64 pr.; 1, 2, 3, 4, 5.

[5]) Conf. n. 2.

[6]) P. 275, n. 6.

[7]) Dig. 18, 1, 75; 19, 1, 21, 5; Cod. 4, 51, 7.

[8]) Cod. 4, 54 9.

[9]) Cfr Fadda (*res religiosae* in *Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, XXXI, p. 275, n. 2) il quale giustamente osserva che non si può dire in modo assoluto che in simili patti manchi l'interesse patrimoniale.

Digitized by Google

mili casi dichiaravano inefficace il patto [1]), riportandosi a una lex mancipationi dicta [2]) e per ragioni indipendenti dall'interesse dell'alienante. Verosimilmente a questi dubbi o a dubbi analoghi accenna Giustiniano nella sua costituzione, senza punto preoccuparsi dell'interesse che ai patti stessi poteva avere il venditore.

Da questo punto di vista avrebbero maggiore importanza i patti che solevano conchiudersi nella vendita degli schiavi Il venditore poteva non solo vietare al compratore di vendere lo schiavo ad altri [3]), ma poteva anche interdirne la manumissione [4]), determinarne il luogo di soggiorno [5]), poteva far obbligo al compratore di manometterlo [6]), poteva infine, e tale patto s'incontra con particolare frequenza, vietare al compratore di prostituire l'ancella a lui venduta [7]). Questi patti per regola non hanno contenuto patrimoniale ed è certo notevole che Papiniano [8]), trattando di essi, si è a lungo intrattenuto sull'interesse, che poteva avere il venditore alla loro osservanza. Il giureconsulto distingue i patti contenenti condizioni sfavorevoli agli schiavi da quelli che contenevano condizioni favorevoli e, mentre riconosce che meritano protezione giuridica quelli che s'ispirano a sentimento di benevolenza e di umanità verso lo schiavo, tale protezione cerca di negare ai patti informati a solo spirito di vendetta.

Ma questi fr. papinianei, pur dandoci una prova dello studio posto dal grande giureconsulto nel far trionfare, in conformità dello spirito dei tempi nuovi, i sentimenti umanitari e di benevolenza dei padroni verso gli schiavi, sono d'altro canto ben lungi dal provare che dell'interesse d'affezione siasi tenuto conto nel determinare l'ammontare della condanna. Tutta la discussione papinianea si svolge intorno al diritto da parte del venditore di chiedere la penalità convenuta o stipulata per l'osservanza dei patti in questione [9]) e il giureconsulto

[1]) Dig. 2, 14, 61; 11, 7, 11.
[2]) PERNICE, *Labeo*, III, p. 141-142.
[3]) Dig. 18, 7, 10.
[4]) Dig. 18, 7, 6; 29, 5, 3, 15; 40, 1, 9; 40, 9, 9, 2; Cod. 4, 57, 5.
[5]) Dig. 18, 7, 7; 9. Cod. 4, 55. 1; 2; 3; 4; 5. Vat. 6.
[6]) Dig. 40, 12, 38, 1, 2; 18. 7, 3 4; 8; 40, 1, 20, 1; Cod. 4, 57, 1; 2; 3; 4; 6.
[7]) Dig. 18. 1, 56; 21, 2, 34; 2, 4, 10, 1; 40, 8, 7; 18, 7, 6, 9; Cod. 4, 56, 1, 2, 3.
[8]) Dig. 18, 7, 6; 7.
[9]) Cfr. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* II, p. 128, 129. Dallo stesso libro 28 quaest. è tratto Dig. 22, 1, 5.

Digitized by Google

ricorda ed approva anche una sentenza di Sabino, il quale aveva ritenuto che, neppure di fronte a tali patti faceva difetto l'interesse patrimoniale, perchè il venditore aveva dovuto necessariamente vendere a meno lo schiavo, dal momento che con quei patti aveva limitato il diritto del compratore sulla cosa venduta. Questa sentenza di Sabino, confermata qui da Papiniano, fa pensare che, quando anche non fosse stata convenuta una penale, tanto nei patti relativi alla vendita degli schiavi, che in quelli accennati in principio l'a. venditi potesse sempre proporsi, ma fosse diretta, in mancanza di altri danni patrimoniali risentiti dal venditore, solo alla differenza del prezzo [1]).

Ma v'è di più: i patti relativi alla vendita degli schiavi non appaiono mai tutelati soltanto dall'a. contrattuale. Infatti al divieto di manumissione si riconobbe efficacia reale [2]) e gli imperatori Marco e Commodo assicurarono la libertà allo schiavo venduto con obbligo di manumissione [3]). Inoltre i patti stessi appaiono costantemente rafforzati a cura delle parti o pattuendo che lo schiavo in caso di inadempimento sarebbe stato libero [4]), o con riserva della manus iniectio [5]) e del ius abducendi [6]) o almeno stabilendo una penale [7]).

40. E, lasciando la compra-vendita, non è il caso di soffermarsi sui testi che trattano del diritto che ha l'inquilino a una diminuzione del prezzo d'affitto, ove vengano a diminuirsi i pregi e le comodità della cosa locata [8]), essendo evidente che tali utilità non sfuggono a una stima dal punto di vista patrimoniale, in quanto accrescono o diminuiscono il valore della cosa locata. Del resto in essi si tratta se sia il caso di concedere la rescissione del contratto e si parla genericamente di deductio ex mercede, senza che si accenni menomamente a una valutazione dell'interesse d'affezione, che l'inquilino può per avventura avere a quei pregi e a quelle comodità.

41. Invece l'a. praescriptis verbis, che è diretta all'id quod interest [9])

[1]) PERNICE, *Labeo*, III, p. 183.
[2]) PERNICE, *Labeo*, III, p. 102.
[3]) Cod. 4, 57, 2.
[4]) Dig. 18, 7, 6, 9; Cod. 4, 56, 2; Dig. 21, 2, 34 pr.; 2, 4, 10, 1.
[5]) Dig. 18, 7, 9; Vat. 6; Cod. 4, 55, 1 pr.; 2; Dig. 40, 1, 20, 2.
[6]) Dig. 18, 1, 56; 40, 8, 7; 18, 7, 6; Cod. 4, 56, 1.
[7]) Dig. 18, 7, 6; 7; 40, 1, 20, 2; Cod. 4, 57, 6; 4, 55, 2.
[8]) Dig. 19, 2, 25, 2; 27 pr. FERRINI, *Pan.* pag. 525.
[9]) Dig. 19, 5, 5, 1, 2; 7; Cod. 2, 4, 6, 1.

Digitized by Google

e che nelle fonti giustinianee è detta di b. f. [1]), trovasi concessa in alcuni casi, in cui può pensarsi a un risarcimento di danni non patrimoniali, come per es. nel diritto imperiale per ottenere l'osservanza del modus imposto senza stipulazione al donatario [2]), o per costringere il padrone a manomettere il proprio schiavo, quando ne abbia promessa la liberazione a un terzo [3]) e finalmente per ottenere l'osservanza dell'obbligo imposto all'erede di costruire un monumento al defunto [4]).

Questi casi meritano un attento esame anche perchè non può riferirsi, come sembra interpretando letteralmente il testo e come ammettono i Basilici [5]), all'a. praescriptis verbis quanto si legge in Dig 19, 5, 5, 5, [6]) e dedurne che nell'epoca classica in essa non trovava luogo la stima di ciò che potevasi valutare a danaro; sembra però che neppure i casi ora indicati siano sufficienti per far ritenere che con l'a. praescriptis verbis potesse ottenersi il risarcimento del danno morale.

Ciò deve dirsi innanzi tutto per quanto concerne l'osservanza dell'obbligo di costruire un monumento al defunto. Risulta da più testi [7])

[1]) Inst. 4, 6, 28; Dig. 43, 26, 2. 2. e su questo testo LENEL, *Edictio*, II, p. 18 n. 2.

[2]) Cod. 8. 53, 9; 22, 1.

[3]) Dig. 19, 5, 5 pr. 2, 5; 7.

[4]) Dig. 10, 2, 18, 2.

[5]) Basilici (Heimbach) 20. 4. 5.

[6]) « Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari ». Già avemmo occasione di notare che il diritto di patronato non è per sè inestimabile a danaro, p. 272, e che in altri casi si concedono azioni per ottenere i vantaggi patrimoniali che da esso derivano. Se il testo si riferisse all'a. praescriptis verbis almeno di questi vantaggi si dovrebbe tener conto (arg. Cod. 4, 54, 2). Di più, sempre riferendo il testo alla stessa azione, la condanna dovrebbe essere all'interesse che aveva l'attore all'esecuzione della convenzione (Dig. 19, 5, 1, 2; 7; Cod. 8. 53, 9; 22, 1) e non al quanti interest mea servum habere quem manumisi. Questa condanna invece e propria della *condictio* e ciò non è sfuggito all'acume del MOMMSEN (*Beiträge zum Obligationenrecht* II p. 151, n. 11 contra COHNFELDT, *Interesse*, p. 76, n. 42). Ora se si tiene presente che i compilalatori hanno grandemente alterato tutta la legge 5, non farà meraviglia che abbiano malamente riunito la decisione di Paolo, nella quale si trattava di condictio, al paragrafo precedente, in cui avevano concesso l'a. praescriptis verbis, attribuendo così a questa principii che valevano solo per quella; essi, del resto, in altri casi sono andati anche più oltre, perchè hanno addirittura equiparato l'una azione all'altra, come se fossero la stessa cosa. Dig. 43, 26, 19, 2: (*incerti condictione idest praescriptis verbis!*).

[7]) Dig. 5, 3, 50, 1; 10, 2, 18, 2; 33, 1, 7; CUIACIO (*Recit. solemn. ad tit. de annuis*

Digitized by Google

che gli oneri imposti all'erede per testamento, se sono scritti nell'interesse esclusivo del testatore, non fanno nascere nell'epoca classica [1]) alcuna azione per l'adempimento, per quanto in certi casi gli eredi possano essere costretti ad osservarli o extraordinem o officio iudicis [2]): l'a. è data soltanto se si tratta di disposizioni scritte nell'interesse di una determinata persona [3]). Nel diritto giustinianeo invece il giudice deve per regola procurare che siano osservate tutte le disposizioni, che non si riferiscono a una causa turpe [4]). Questo in generale: rispetto all'obbligo di costruire un monumento al defunto, la giurisprudenza classica ammise certamente che, se più erano gli eredi, l'obbligo dovesse osservarsi e che in tal caso potesse agirsi con l'a. familiae ericiscundae [5]); Pomponio, però, facendo un passo più oltre non sembrò alieno dal ritenere che, quando anche fosse stata divisa l'eredità, potessero gli eredi agire contro il coerede, cui era stato imposto tale onere, con l'a. praescriptis verbis [6]). Dig. 10, 2, 18, 2:

« *Ulpianus libro nono decimo ad Edictum* Idem [Pomponius] quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. Sed et cum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent ut fiat. Idem tamen temptat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat ».

Ma in ciò non può vedersi una deroga ai principî surriferiti, perchè gli eredi, agendo con l'a. familiae erciscundae e praescriptis verbis, non fanno valere esclusivamente, come può sembrare, l'interesse morale, che possono avere all'osservanza della volontà del testatore, ma

leg.) *Opera omnia.* (ed. Prato) VII, p. 2083; G. MAIANSIUS, *Ad trig. iurisconsc.* I, p. 335; PERNICE, *Labeo*, III, 175.

[1]) PERNICE, l. c.

[2]) Dig. 5, 3, 50, 1; 11, 7, 14, 2; 10, 2, 18, 2; 33, 1, 7; 40, 4, 44.

[3]) MAIANSIUS, l. c.

[4]) Dig. 33, 1, 7; PERNICE, l. c.

[5]) Dig. 10, 2, 18, 2; 33, 1, 7.

[6]) Non a torto CUIACIO l. c. pensa che l'a. praescriptis verbis si conceda qui, perchè in seguito alla divisione dell'eredità si ha quasi una permuta fatta certa lege con l'obbligo cioè di costruire il monumento arg. Dig. 10, 2, 20, 3. Cfr. pure PERNICE, *Labeo*, III, 39 e *Zeitschrift der Sav.-Stiftung*. N. F. VIIII, p. 257, n. 6. Non conviene però tacere che non è infondato il sospetto che la concessione dell'a. attribuita a Pomponio nel testo in esame sia un'aggiunta dei compilatori: GIRARD, *Manuel* (3ª ed.), p. 586, n. 2.

Digitized by Google

fanno valere un interesse proprio. Essi, infatti, come eredi, hanno il ius sepulcri sul monumento, che si dovrà costruire e ciò risulta espressamente dal fatto che Pomponio giustifica la concessione dell'a. praescriptis verbis, adducendo: «quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur». Queste parole non possono riferirsi altro che a un monumento destinato a sepoltura [1]) e a sepoltura non solo del testatore, ma anche degli eredi [2]). Una conferma ci viene fornita dallo stesso Pomponio; egli altrove [3]) nega recisamente l' azione: «actio eo nomine nulli competit», quando il testatore ordinò che si ponesse la propria statua non «honoris municipii gratia sed sua». L'azione non spetta nè al municipio nè agli eredi in questo caso, perchè la disposizione è scritta nell'interesse esclusivo del testatore. Diversamente avviene ove trattasi di costruire un monumento al testatore, perchè gli eredi, qualunque sia la parte loro lasciata, hanno in solidum il ius sepulcri sul monumento [4]) e questo diritto possono far valere sia con l' a. familiae erciscundae all'atto della divisione dell'eredità, sia con l'a. praescriptis verbis post divisionem [5]). Tale diritto per sè non sfugge a una stima anche dal punto di vista patrimoniale: infatti se dalla disposizione testamentaria in esame nasce un' obbligazione giuridica, la posizione dell'erede, che agisce contro il coerede perchè costruisca il monumento non è diversa da quella di colui, che agisce ex stipulatu o

[1]) Dig. 11. 7. 42. Frequentemente 'monumentum' trovasi nelle fonti per 'sepulcrum', cfr. DIRKSEN, *Manuale latinitatis*: voc. monumentum; 'ius monumenti' è per 'ius sepulcri' in Dig. 39, 2, 13, 7 e nel linguaggio epigrafico C. I. L. 14. 1636: «... in monumento iuniano quod est iuris mei»; 6. 8432: «... aut si cui ius monumenti reliquero»; 6. 15840: «Huius monumenti sive sepulcri ius ad heredes pertinet». FADDA, in *Atti della R. Accademia di scienze politiche e morali*, XXXI, p. 323.

[2]) Infatti la formula che s' incontra frequentemente nelle iscrizioni «hoc monumentum heredem non sequetur» in contrapposto all'altra: «hoc monumentum heredem sequetur» serve appunto a decidere se si tratta di un sepolcro familiare o ereditario. KARLOWA, *Röm Rechtsgesch.* II, 1049. Anche CUIACIO, *Recit. solemn. in tit. II Famil. Ercis. Opera omnia*, VII, p. 822 (ed. Prato), osserva che nella specie proposta da Pomponio il testatore non doveva aver vietato che nel monumento fossero sepolti gli eredi testamentari e che a questi spettava il ius monumenti. Sulla validità del divieto stesso cfr. Dig. 47, 12, 3, 3.

[3]) Dig. 33, 1. 7.

[4]) Dig. 10, 2, 30; 11. 7. 5; 6 pr.; Cod. 3, 44, 4 pr.; 13 ecc. Le norme successorie del diritto civile sono completamente applicabili pel ius sepulcri, quando si tratti di sepolcri ereditari; anzi il diritto al sepolcro è in tal caso inscindibile dalla qualità di erede. FADDA, *Atti cit.* p. 331 sgg.

[5]) CUIACIO, l. c.

Digitized by Google

ex locato, contro chi stipulò o si obbligò per locazione a costruire un'aedis sacra o un locum religiosum [1]). La possibilità in questi casi d'un rapporto di locazione indica che l'obbligazione può avere contenuto patrimoniale [2]) « alioquin », ripeteremo con Ulpiano, « nec ex locato agere possumus » [3]).

Finalmente nessun argomento decisivo a favore della teoria del danno morale può trarsi dal veder concessa l'a. praescriptis verbis contro colui che promise di manomettere il proprio servo in seguito a una prestazione a lui fatta da un terzo [4]) o per ottenere l'osservanza del modus imposto al donatario [5]). In casi analoghi noi già vedemmo che era possibile agire con l'a. ex stipulatu [6]) e vedemmo anche che ciò non era per sè sufficiente a far ritenere che in quest'ultima azione fosse possibile una condanna diretta all'interesse non patrimoniale dello stipulante. Ma non possiamo tacere che l'analogia tra l'a. praescriptis verbis e quella ex stipulatu non si limita a questo solo: la quaestio papinianea conservataci in Dig. 19, 5, 7 ricorda così da vicino i testi interpolati relativi alla stipulatio alteri [7]), che potrebbe in ciò solo trovarsi un motivo per ritenere che, come in questi, così in quello le parole « si nihil interest » debbano interpretarsi nel senso di « si nihil pecuniariter interest » e che quindi l'a. praescriptis verbis è improponibile, quando l'attore non ha un interesse patrimoniale.

Certo è però in ogni modo che manca qualsiasi argomento decisivo per ritenere che nell'a. praescriptis verbis fu possibile il risarcimento di danni non patrimoniali: e questa conclusione è della massima importanza per noi, perchè tale azione, che trovò il suo svolgimento sopratutto nel diritto giustinianeo e che forse solo dai compilatori fu foggiata ad azione di b. f., può meglio d'ogni altra illuminarci sulle tendenze del diritto ultimo, rispetto alla nostra questione.

[1]) Dig. 45, 1, 38, 25.

[2]) Dig. 19, 5, 5, 2.

[3]) Dig. 45, 1, 38, 25. Conf. del resto FERRINI, *Pand.* p. 262; FADDA, *Atti cit.* p. 334, 335. Arg. Dig. 11, 7, 9.

[4]) Dig. 19, 5, 5 pr., 2, 5; 7; Tutto il fr. 5 del resto è notoriamente interpolato. FERRINI, *Pand.* p. 675, n. 2.

[5]) Cod. 8, 53, 9; 22, 1.

[6]) P. 249, n. 3.

[7]) P. 251, n. 4.

Digitized by Google

42. L'analisi che siamo venuti facendo dei testi relativi alle azioni di b. f. ci permette ora di decidere, se in esse fu possibile il risarcimento del danno morale.

Ritenendo interpolati i testi che esaminammo a pag. 261 segg. devesi innanzi tutto distinguere l'epoca classica da quella giustinianea.

Nell'epoca classica mancano testi dai quali risulti che poteva risarcirsi il danno non patrimoniale: forse un diverso criterio si è seguito nella fiducia, ma allo stato attuale delle fonti non possiamo con certezza escludere che essa, almeno in origine, non fosse un'azione penale [1]). Invece il principio, che anche nelle azioni di b. f. la condanna comprende solo il danno patrimoniale, benchè il giudice avesse poteri di gran lunga più estesi che nelle altre azioni [2]), risulta dal complesso dei testi esaminati nel presente capitolo ed è anche in armonia con la condemnatio delle formule relative a tali azioni perchè la parola *eius*, che in esse serve appunto ad indicare l'oggetto della condanna (eius condemna), altro non è che un genitivo di prezzo [3]), che corrisponde in sostanza al quanti ea res est delle altre formule.

Nell'epoca giustinianea v'è stata invece una certa tendenza ad estendere il risarcimento del danno al di là di questi limiti e a riconoscere la possibilità della condanna anche in caso di lesione d'un semplice interesse d'affezione. I bizantini hanno concesso al padre l'a. empti per l'evizione del fondo dotale, hanno concesso al pupillo l'a. tutelae contro il tutore che non prestò gli alimenti alla madre e alla sorella, hanno concesso al dominus l'a. mandati per ottenere la manomissione del servo e hanno affermato: « placuit prudentioribus et affectus rationem habendam in bonae fidei iudiciis ». A conferma di ciò potrebbe addursi, come abbiamo già detto, l'autorità dei Basilici [4]) e sopratutto quella di Stefano, il quale, trattando dei giudizi di b. f. dice che, mentre in essi si deve tener conto nel calcolare l'id quod interest dell'interesse d'affezione che può avere l'attore, ciò è escluso nelle azioni reali [5]).

[1]) Cfr. p. 260.

[2]) Cic. pro Q. Roscio Com. 4. 10. 11; Top. 17. 66; de officiis 3. 17. 70; Gaio 4. 114, 61, 62, 63. Dig. 17, 1, 12, 9; 19, 2, 54 pr.; 16, 3, 24; 3, 5, 6; 21. 1, 31, 20; 22, 1, 5; 16, 3, 31 pr. 1; 5, 1, 41; 17, 2, 38 pr.; 44, 7, 2, 3. Inst. 4, 6, 30.

[3]) Karlowa. *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 447; Lenel, *Edictio*, I, p. 259, n. 3.

[4]) Basilici (Heimbach) 14, 1, 54, 3; 60, 3, 33, 2, 3.

[5]) Basilici (Heimbach) 13, 1, 3, 2: in fine: Ἄρα δὲ δύναται καὶ ἀπὸ διαθέσεως

Digitized by Google

Nondimeno queste testimonianze per quanto autorevoli non valgono a far ritenere che nel diritto giustinianeo valesse come principio generale che nei giudizi di b. f. dovesse risarcirsi l'interesse d'affezione. Ciò sarebbe contrario a quanto risulta dal complesso dei testi relativi a tali azioni, e sarebbe contrario persino agli insegnamenti dei compilatori, i quali, come vedemmo, in caso di concorso tra l'a. contrattuale di b. f. e quella derivante dalla legge Aquilia giudicano più ampio il risarcimento, puramente patrimoniale, che si ottiene con quest'ultima e riferiscono all'a. praescriptis verbis i principî rigorosi che valgono per la condictio. S'aggiunga che nella famosa Costituzione giustinianea « de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur » (Cod. 7. 47) si limitano per quanto è possibile i poteri del giudice e il risarcimento del danno è considerato dal punto di vista esclusivamente patrimoniale.

Tutto ciò dimostra che una riforma generale sul punto della nostra ricerca non è avvenuta neppure nel diritto ultimo, e che i compilatori non avevano idee troppo esatte e precise per quanto concerne il risarcimento del danno, perchè cadono in manifeste contradizioni. Questa incertezza da parte dei bizantini non deve stupirci. L'id quod interest s'era venuto svolgendo dalle formule e nell'epoca classica non era giunto ancora ad una completa uniformità di principî: perduravano ancora antiche tradizioni nelle singole azioni e sopratutto il risarcimento non s'era ancora nettamente separato dalla pena. Abolite le formule, e, reso quindi l'id quod interest indipendente dalla condemnatio propria delle singole azioni e dai principî speciali, che almeno per alcune di esse vigevano, venne quasi a mancare la base alla teoria romana classica e non erano certo i commissari di Giustiniano, così poco colti e nel breve tempo che impiegarono nella compilazione, quelli che avrebbero potuto riordinare l'ardua materia e dettare dei principî generali. Essi fecero quello che hanno fatto in moltissimi altri casi: alterarono qua e là i testi classici secondo le circostanze, senza un principio generale direttivo, dicendo in un punto ciò che smentivano in un altro. Queste considerazioni non

διαφὲρον κατασκευάζεσθαι; Στεφφ. Ἐπὶ μὲν οὖν τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν καὶ πάνυ, ὡς ἔστι μαθεῖν βιβ. ς'. τοῦδε τοῦ συντάγματος τιτ δ'. διγ. νδ'. ἀνάγνωθι καὶ βιβ. ζ' τῶν αὐτῶν δὲ ῥέβους τελευτ. τιτ. καὶ. κζ'. διγ. ἐπὶ δὲ τῶν ἐν ρὲμ οὐκ ἔστιν ἀπὸ διαθέσεως ἢ τέρψεως διαφέρον.

Digitized by Google

solo ci spiegano le contradizioni, nelle quali sono caduti i compilatori, ma ci mettono in condizione di dare il giusto valore allo scolio di Stefano, che ad esse direttamente si riconnette. Stefano in quello scolio non fa che ripetere quanto i compilatori avevano scritto nella legge 54 mandati: e ad essa anzi espressamente si riporta [1]). Il suo scolio quindi lascia per noi inalterata la questione, perchè evidentemente non può ad esso attribuirsi maggiore autorità di quella che abbiano i testi da lui citati.

In questa condizione di cose è facile intendere che per vedere, se per diritto giustinianeo nei giudizi di b. f. fu o no possibile il risarcimento del danno morale, più che alle decisioni singole e all'affermazione incidentalmente contenuta nella legge 54 mand. è necessario porre mente al complesso dei testi e alla Cost. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. Ma in questa non v'è traccia d'un simile risarcimento e dal complesso dei testi risulta che per regola è dovuto solo il danno patrimoniale.

La regola è dunque anche nei giudizi di b. f. quella della patrimonialità. Solo in casi eccezionali [2]) il favor libertatis, il favor dotis e il riconoscimento del vincolo del sangue permettono nel diritto giustinianeo l'applicazione d'un diverso principio; ma nessuno può dire quale esso sia e meno ancora che si tratti di risarcimento del danno morale. Nella quaestio di Paolo (Dig. 21, 2, 71) la condanna non è

[1]) La citazione dei testi delle Pandette nello scolio di Stefano è fatta secondo la divisione in parti ideata da Giustiniano ..... Στεφ. Ἐπὶ μὲν οὖν τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν καὶ πάνυ, ὡς ἔστι μαθεῖν βιβ. ς'. τοῦδε τοῦ συντάγματος τιτ. δ' διγ. νδ'. ἀνάγνωθι καὶ βιβ. ζ' τῶν αὐτῶν δὲ ῥέβους τελευτ τιτ. καὶ κζ'. διγ. Ora il libro 6° della parte, alla quale si riferisce lo scolio di Stefano, è appunto il libro 17° delle Pandette, perchè Stefano commenta la legge 3 commodati Dig. 13. 6. e il libro 13° delle Pandette è compreso nella parte 3ª (de rebus creditis), la quale abbraccia i libri da 12 a 19. Per la stessa ragione il libro 7° de rebus, citato anche da Stefano, corrisponde al libro 18° delle Pandette. Sicchè abbiamo che questo giureconsulto citerebbe a conferma della sua teoria i testi seguenti 17. 4. 54; e 18. 7. 27. Ma il libro 17° delle Pandette non comprende che due titoli (17. 1. mandati; 17. 2 pro socio) e il titolo 18. 7. de servis exportandis non contiene che 10 fr. È evidente quindi che nella prima citazione è errato il titolo e nell'altra il fr. Ma l'errore può facilmente essere rettificato considerando che d'affectus nei giudizi di b. f. si tratta nei testi seguenti, già da noi lungamente esaminati: 17. 1, 54; 18, 7, 6 e 7. Questi erano indubbiamente i testi ai quali si riferiva Stefano. Lo stesso Heimbach nel leggere il manoscritto o qualche amanuense ha evidentemente confuso nella prima citazione α' per δ' e nella seconda ς' καὶ ζ' per καὶ κζ'.

[2]) Cfr. p. 261 segg.

Digitized by Google

diretta all'equivalente dell'interesse morale dell'attore [1]), nella quaestio papinianea (Dig. 17, 1, 54 pr.) e nel fr. di Ulpiano (Dig. 27, 3, 1, 2.) non sappiamo con certezza come debba determinarsi la condanna, e se essa fosse diretta a una pena o a un risarcimento [2]), perchè l'una cosa e l'altra assai probabilmente ignoravano gli stessi bizantini, quando hanno alterato quei frammenti.

Conclusione.

43. Compiuto così l'esame che ci eravamo proposto in principio del presente lavoro, è ormai tempo di concludere.

Il diritto romano ha largamente riconosciuto la funzione satisfattoria del danaro; il dolore, le lesioni personali, l'affetto in molti casi sono compensati a danaro. Tale funzione si compie in due modi diversi. In uno (ed è quello che più s'avvicina, quanto alla stima, al risarcimento del danno morale) è liberamente rimesso al giudice e di stabilire l'ammontare della condanna in proporzione all'offesa; nell'altro la condanna è diretta a un valore patrimoniale (somma fissa, prezzo della cosa che forma oggetto del giudizio, o un multiplo di esso, spese occorrenti per mettere le cose in pristinum etc.), ma o può essere richiesta in base a un semplice interesse morale ovvero eccede i limiti del danno arrecato al patrimonio, perchè l'attore consegue di più.

Come vedemmo, la prima specie di condanna è propria delle actiones in bonum et aequum conceptae [3]). In molti interdetti, nelle azioni popolari, nelle azioni penali e in qualche altro caso si hanno condanne della seconda specie [4]).

Ma accanto a questi casi, in cui il danaro compie una funzione di soddisfazione, se ne hanno molti altri in cui il danneggiato non consegue altro che il risarcimento del danno patrimoniale e si dichiarano inestimabili e irrisarcibili danni, che possono essere stimati e risarciti con le azioni e gli interdetti sopraindicati. Così p. e. con

[1]) Cfr. p. 268.
[2]) Cfr. p. 268.
[3]) P. 213 segg.; 258, § 32.
[4]) P. 228, § 11; 230, § 12; 232; 268.

Digitized by Google

l'a. iniuriarum può ottenersi un compenso valutato in ragione del dolore e delle deturpazioni derivanti dalle ferite [1]), mentre invece con l'a. legis Aquiliae [2]), locati, pro socio [3]) e nel diritto ultimo con l'a. de pauperie [4]) e con l'a. de effusis [5]), non è in tal caso concesso altro che il risarcimento del danno patrimoniale indiretto (spese di malattia e di cura, compenso per le opere mancate). Con l'a. sepulcri violati e con l'interdetto quod vi aut clam può ottenersi il risarcimento del danno dato al sepolcro e un compenso per l'offesa recata alla memoria del defunto [6]); l'a. legis Aquiliae è invece in questi casi improponibile [7]). Con l'a. iniuriarum e con l'a. fiduciae il padrone può ottenere un compenso per le offese e i maltrattamenti abusivamente inflitti al servo [8]); intentando l'a. commodati, pro socio, pignoraticia [9]) e nel iudicium redhibitorium [10]) non si ha riguardo che al deprezzamento che ha subito il servo. Per intentare l'interdetto quod vi aut clam basta un solo interesse morale [11]); nell'a. ad exhibendum occorre un interesse patrimoniale [12]), e in generale è attestato che del prezzo e dell'interesse d'affezione non si tien conto nella stima del danno nei rapporti d'indole privata [13]).

Illogicità e confusione sarebbero da rimproverare al diritto romano, se non fosse possibile spiegare tanta disparità di criteri; ma il diritto romano non merita censura neppure su questo punto, perchè anche qui dimostra una grande esattezza di principii. Vedemmo infatti che dove il danaro adempie una funzione satisfattoria, dove si tien conto di danni non patrimoniali, si tratta di rimedi d'indole penale o eccedenti i limiti di semplici rapporti privati. Penali sono le actiones in bonum et aequum conceptae [14]) e segnatamente l'a. iniuria-

[1]) P. 218, § 6.
[2]) P. 233 segg.
[3]) P. 258, nn. 2 e 3.
[4]) P. 233, n. 5.
[5]) P. 222 segg.
[6]) Dig. 47, 12, 2; cfr. p. 226, n. 7; 220, § 7.
[7]) Dig. 47, 12, 2.
[8]) P. 217, n. 1; 258, § 32.
[9]) P. 256, § 30.
[10]) P. 271.
[11]) P. 226, n. 7.
[12]) P. 241, n. 6.
[13]) P. 237, 238, 239.
[14]) P. 224, § 9.

Digitized by Google

rum, nella quale i caratteri propri di tali azioni si sono conservati più schiettamente che altrove[1]); penali sono tanto gli interdetti quanto le azioni popolari[2]), nè rientrano certo nei limiti del diritto privato gli interdetti non popolari e segnatamente quelli dati a tutela dei rapporti di famiglia[3]); verosimilmente anche dal punto di vista penale furono in origine considerati la fiducia, il mandato e la tutela[4]). Di più le fonti ci offrono un materiale sufficiente per poter stabilire che l'attenuarsi del carattere penale ha per conseguenza che si attenui o scompaia anche la funzione satisfattoria del danaro. Così avviene sopratutto nelle actiones in bonum et aequum conceptae. In quelle, in cui il carattere penale si attenua, la condanna tende a limitarsi al solo danno patrimoniale: nel diritto ultimo l'a. rei uxoriae e funeraria sono divenute quasi azioni reipersecutorie[5]), nell'a. de effusis et deiectis, data se restò ferito un uomo libero, fa difficoltà la stima delle cicatrici e delle deformità derivanti dalla ferita[6]); l'intrasmissibilità attiva e passiva appare inesplicabile, dove si tratta di risarcire solo il danno pecuniario[7]).

La funzione satisfattoria del danaro è dunque intimamente connessa col carattere penale dell'azione ed è facile spiegarne il perchè.

La pena pecuniaria privata altro non è che una delle fasi attraverso le quali è passato il diritto di tutti i popoli prima di giungere al concetto moderno di delitto pubblico punito dallo Stato[8]). In origine domina arbitra la vendetta privata. Chi è stato vittima di un torto ha diritto di vendicarsi cagionando all'offensore un altro torto; lo Stato o non interviene o interviene solo per determinare quando tale vendetta è giustificata. Ma il privato, arbitro della vendetta, può anche rinunciarvi o perdonando al reo o esigendo da lui una ammenda. Sorge così una nuova fase, quella della composizione volontaria; la composizione si sostituisce alla vendetta, se le parti lo vo-

[1]) GIRARD, *Manuel de droit romain* (3ª ed.), p. 397.
[2]) FADDA, *Azione popolare*, I, p. 204.
[3]) PERNICE, *Labeo*, 3, p. 177.
[4]) P. 260, 268, 269; cfr. anche BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 401.
[5]) P. 222, n. 3.
[6]) P. 224, n. 5.
[7]) Dig. 11. 7. 9. Cfr. p. 223, n. 2.
[8]) BONFANTE, op. cit. p. 400 sgg.: GIRARD, op. cit. p. 390.

Digitized by Google

gliono. Più tardi la composizione da volontaria diviene obbligatoria; la vendetta privata non è più ammessa e lo Stato interviene direttamente, fissando per ogni delitto l'ammenda che sembra più giusta; l'offeso è costretto a contentarsene e il colpevole è costretto a pagarla. Finalmente in uno stadio più progredito lo Stato interviene direttamente anche nei delitti privati, considerando il torto fatto al privato, come interessante tutta la comunità. La composizione legale, che aveva sostituito quella volontaria, scompare; lo Stato provvede direttamente alla repressione del delitto privato e il carattere satisfattorio della pena, derivante dalla vendetta privata, viene meno perchè la pena non ha più oramai che una funzione repressiva; è una pena corporale di carattere pubblico, o se anche è una pena pecuniaria, non è più attribuita al privato, ma alla comunità.

Il diritto romano nella sua storia più che millenaria ci conferma questa evoluzione della pena privata. La legislazione decemvirale permette ancora il talione, come repressione del delitto d'ingiuria, se l'offeso non pattuisce la composizione col reo: « Si membrum rupsit ni cum eo pacit talio esto »[1]). Una composizione volontaria è pur anco ammessa nel furto manifesto[2]). Nell'Editto pretorio è accolto il sistema delle composizioni legali. Nella legislazione imperiale dell'ultimo periodo lo Stato per regola interviene direttamente anche nei delitti privati, comminando pene di carattere pubblico; spesso è data la scelta tra queste e la pena pecuniaria[3]).

Questo svolgimento storico della pena privata, che abbiamo rapidamente accennato, spiega con tutta evidenza la funzione satisfattoria del danaro in diritto romano: il danaro compie tale funzione, perchè è ciò che si è sostituito alla vendetta privata.

44. Con caratteri diversi si presenta e una funzione diversa adempie il risarcimento del danno. Ma può in diritto romano distinguersi la pena dal risarcimento? Noi non esitiamo a rispondere affermativamente[4]).

[1]) P. 218, n. 2.

[2]) GIRARD, op. cit. p. 403, n. 2; Dig. 2, 14, 7, 14; 13, 1, 7.

[3]) Cfr. p. e pag. 219, 221, 222, n. 2.

[4]) MOMMSEN F. *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, p. 18 sgg.; BONFANTE, op. cit. p. 401, osserva giustamente: il risarcimento del danno è un concetto indipendente [dalla pena] che trascende la sfera del delitto privato e quella del delitto in genere.

Digitized by Google

L'una e l'altro si distinguono teoricamente, per quanto possano avere dei punti di contatto, perchè nell' una predomina lo scopo di vendicare l'offesa e di reprimere il delitto, nell'altro quello di compensare il creditore del pregiudizio sofferto. Ciò non era ignoto ai giureconsulti romani, che in molti casi contrappongono la pena al risarcimento [1]).

Questa distinzione ha poi anche un valore pratico della massima importanza, perchè ad essa si riconnettono conseguenze giuridiche di grandissimo momento. La ragione di credito diretta alla pena privata ha tutta una serie di caratteri propri [2]), che non s'incontrano in quella diretta al mero risarcimento del danno, quali l'esclusione di essa tra persone della stessa domus, l'intrasmissibilità attiva e passiva, il sopravvivere del credito alla capitis deminutio e alla manumissione del colpevole, l'estinzione per semplice patto e in un breve termine. il diritto di ottenerne il pagamento cumulativamente da tutti gli autori del delitto, la liberazione del dominus o del paterfamilias mediante l'abbandono nossale. Equiparare la pena al risarcimento, come se fossero la stessa cosa, equivale a smarrirsi in un labirinto inestricabile, perchè resterà preclusa la via a rendersi ragione dei principii speciali, che vigono per le azioni penali, e del perchè il diritto romano talora neghi, talora ammetta che certi danni, che non si ripercuotono sul patrimonio, possano valutarsi a danaro.

Non conviene però nascondere che le incertezze tra pena e risarcimento esistono in diritto romano e sono assai gravi: l'una e l'altro non si presentano sempre come due concetti nettamente distinti, perchè spesso il risarcimento è derivato dalla pena ed anzi in molti casi esso non è riuscito a liberarsi, neppure nel diritto ultimo, da tutti gli elementi penali; la distinzione tra azioni penali reipersecutorie e miste è tuttora incerta e vacillante nel diritto giustinianeo. Ma, se i due concetti non appaiono sempre ben separati e se talora il risarcimento è detto pena [3]), non troviamo mai che si verifichi l'opposto, che cioè

[1]) Dig. 39, 2, 4, 7; 27, 6, 7, 2 e gli altri testi indicati da MOMMSEN, *Beiträge* cit. p. 19, n. 9. Cfr. anche Dig. 18, 7, 7 dove Pap. nota che, ciò che si richiede oltre il mero risarcimento del danno patrimoniale, non è una reipersecutio ma una poena: «... huic consequens erit ut eatenus agere possit quatenus alii praestare cogitur, quidquid enim excedit poena non reipersecutio est».

[2]) GIRARD, op. cit. p. 389 sgg.

[3]) Cfr. F. MOMMSEN, *Beiträge* cit. p. 19, n. 8; così nella Cost. de sententiis quae

Digitized by Google

la pena sia detta risarcimento. Eppure questo affermano i nostri civilisti, quando sostengono che l'a iniuriarum in diritto romano è civile e da essa deducono che fosse ammesso il risarcimento del danno morale.

Ciò peraltro è assolutamente erroneo, poichè è contrario ai principii del diritto romano e allo svolgimento storico del delitto privato. Oramai è risaputo da tutti che nel diritto più antico predomina l'elemento penale. Forse in origine non si concepisce obbligazione che non nasca da delitto; certo è però che la pena è la sanzione normale della lesione del diritto, anche in taluni rapporti, che più tardi saranno tutelati dal punto di vista contrattuale. In seguito il carattere penale si restringe a certi dati rapporti, che hanno caratteri speciali: la pena si stacca dal risarcimento e questo assume caratteri propri e indipendenti. Tale separazione non avviene contemporaneamente in tutti i rapporti giuridici e così abbiamo in diritto romano che, mentre in alcuni il carattere penale originario è già del tutto scomparso, in altri si è semplicemente attenuato. In questi ultimi rapporti, che furono in origine puramente penali e che conservano ancora tracce dell'antico ordinamento, sono inevitabili le incertezze, poichè si trovano in un periodo di transizione, per quanto lo attenuarsi dell' elemento penale riveli anche in essi chiaramente la forma che assumeranno ad evoluzione compiuta.

Perciò chi non vuole essere tratto in inganno, chi vuole ricercare il principio informatore del sistema, deve considerare le azioni private nel loro complesso e nel loro svolgimento storico. Considerando la cosa da un punto di vista generale le incertezze scompaiono, e la distinzione tra pena e risarcimento apparirà con tutta evidenza, poichè troviamo che, dove è venuto meno il carattere penale o nei rapporti d'indole schiettamente civile il risarcimento è limitato al solo danno patrimoniale, dove tale carattere perdura, perdura anche la pena e la funzione satisfattoria del danaro, che è ad essa indissolubilmente congiunta. Lo svolgimento storico ulteriore renderà ancora più palese la cosa. Infatti nel diritto romano ultimo la funzione satisfattoria del danaro, che aveva trovato sì largo impiego nei tempi più antichi, tende oramai a scomparire. Delle actiones in bonum et aequum conceptae

pro eo quod interest prof. Cod. 7. 47. «... cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderamine proferentur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur».

Digitized by Google

quelle, che hanno conservato tuttora carattere penale, possano dar luogo, se l'offeso lo preferisce, a pene di carattere pubblico [1]), delle antiche azioni popolari con condanna a favore dell'attore non sopravvivono che poche: le azioni popolari più recenti sono con condanna a favore della cassa pubblica [2]); l'esecuzione diretta si sostituisce, almeno per regola, alla condanna pecuniaria negli interdetti [3]); non v'è che qualche traccia, talora mal compresa e guastata dai compilatori, delle antiche azioni penali che tutelavano in origine i contratti di buona fede [4]).

Il nostro codice civile, che ha accolto sostanzialmente i principii di diritto romano in materia di risarcimento del danno, ci presenta l'evoluzione completa del sistema. La pena pecuniaria privata è scomparsa o è rimasta tutt'al più come eccezione in qualche rarissimo caso [5]); gli antichi delitti privati sono tutti repressi con pene di carattere pubblico; il delitto, il quasi delitto, l'inadempimento del contratto non fanno più incorrere in pene pecuniarie, da essi sorge solo l'obbligazione di risarcire il danno.

Sorpasseremmo i limiti, che ci siamo proposti nel presente lavoro, ricercando se la pena pecuniaria privata, bandita per regola della nostra legislazione, possa ancora rendere utili servigi alla giustizia, come indubbiamente li rende la riparazione pecuniaria di cui all'articolo 38 c. p., che a nostro avviso ha carattere puramente penale; ma non possiamo esimerci dal far presente che il ripristinare la pena privata spetta al legislatore e non all'interprete e che neppure il favore per la pena pecuniaria privata giustifica che si snaturi il concetto tradizionale del risarcimento dal danno per adattarlo a una funzione, che non ha, nè può avere nella legislazione vigente.

Checchè sia di ciò il risarcimento è per diritto romano rigorosamente limitato al danno patrimoniale e lo stesso Windscheid è costretto a confessare che la teoria del danno in diritto romano si è

[1]) P. 219, 221.

[2]) Fadda, *Azione popolare*, I, p. 325-376.

[3]) Dig. 6, 1, 68.

[4]) Cfr. p. 258, § 32; 280.

[5]) Cfr. Bensa e Fadda, trad. italiana delle *Pandette* di Windscheid, vol. I, nota *p*, pag. 627. Agli esempi ivi addotti è da aggiungere a nostro avviso, come abbiamo nel testo, anche la riparazione pecuniaria ammessa per i reati che offendono l'onore della persona e della famiglia dall'art. 38 Cod. pen.

Digitized by Google

svolta da questo punto di vista [1]). Chi afferma il contrario non può sfuggire alla censura o di far rientrare nel risarcimento del danno morale quello patrimoniale indiretto o di confondere concetti, che dogmaticamente e storicamente debbono esser tenuti distinti quali la pena e il risarcimento.

ANTONIO MARCHI.

[1]) WINDSCHEID, *Pand.* § 257, nota 3.

Digitized by Google

ANTE KALENDAS

Nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XVI, pag. 129 e seg. un valoroso critico delle *Pandette* - Riccardo Hesky - avanzò l'ipotesi che la L. 56 § 5 D. *De verb. obl.* 45, 1 sia corrotta.

Iulianus: « Qui ita stipulatur: *ante kalendas proximas dari spondes?* nihil differt ab eo, qui *kalendis dari* stipulatur ».

Il diritto del creditore - egli assevera - è nei due casi diverso. Nel caso che la *stipulatio* dica « ante kalendas dari » il creditore insoddisfatto può agire il giorno stesso delle calende. Se invece la *stipulatio* è « kalendis dari » lo stipulante che agisce nel giorno delle calende commette una *plus petitio tempore*. Egli non può esercitare il suo diritto prima del giorno seguente.

Lo Hesky suppone quindi che Giuliano in luogo di « ante kalendas » abbia scritto « INTRA kalendas ».

Per quanto a primo aspetto l'osservazione del giurista di Vienna sembri esatta, io credo che il testo sia corretto così come si trova. Nello stesso titolo *De verb. obl.* abbiamo un secondo frammento il quale ripete con parole pressochè identiche il precetto che si legge nel testo dallo Hesky preso in esame.

L. 13 D. 45, 1.

Ulpianus: « Qui *ante kalendas proximas* stipuletur, similis est ei, qui *kalendis* stipulatur ».

Sia che si ritenga che Ulpiano abbia qui, come spesso, attinto ai Digesti di Giuliano [1]), sia che - come è fors'anche più probabile - l'uno

[1]) CUIACIUS, *Comment. in l. LII Dig. S. Iuliani - ad l. 56 § 5 De V. O.* - Prato III, 1284.

Digitized by Google

e l'altro giureconsulto non faccia che ripetere una massima tradizionale (fr. 13: *ad Sabinum*), certo è che il trovare la sentenza giulianea chiaramente ripetuta esclude senza più che vi sia errore o corruzione nel fr. 56 § 5.

Gioverà tuttavia ugualmente prendere in esame tutti quei testi nei quali si configurano casi di obbligazioni soggette al termine « ante kalendas » per far certo come SEMPRE, DA TUTTI I GIURECONSULTI, esse vengano interpretate, conformemente al precetto di Giuliano, in modo da lasciare a disposizione del debitore anche il giorno delle calende.

Ma anche all' infuori del campo delle obbligazioni la nostra indagine sul valore di *ante kalendas* - la quale potrà utilmente estendersi, sulla base di testi sì giuridici che letterari, ad espressioni analoghe (*ante idus, ante nonas, ante diem, mensem, annum certum* o *constitutum*) - non sarà priva di interesse. Contro l'affermazione dello Hesky che « un simile uso della parola *ante* non è provato nè dal Digesto nè da alcun altro luogo della letteratura romana », essa ci porterà a constatare l'esistenza di tutta una serie di casi nei quali lo spazio di tempo circoscritto da alcuna di queste espressioni, comprende anche il periodo di tempo indicato dalla voce retta dall'*ante*. E servirà inoltre a correggere i risultati di ricerche simili, come quella compiuta dal Gradenwitz sul termine *intra kalendas* [1]).

Quando si tratta di stabilire il significato di un termine o di una frase d'uso comune bisogna richiamarsi alla *consuetudo loquendi*.

> « Consuetudo vicit, quae cum omnium domina rerum, tum maxime verborum est » [2]).

Ora se noi procediamo allo spoglio delle fonti giuridiche e letterarie romane che ci sono pervenute [3]), riscontriamo come le espres-

[1]) *Zur Rechtssprache - Intra kalendas und intra quartum mensem - Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.* XVI, pag. 115.

[2]) SULPICIO APOLLINARE in GELLIUS *Noctes atticae* XII, XIII, 16. - Cfr. PAUL. L. 132 D. *De V. S.* 50, 16: « Et consuetudo loquendi id ita esse declarat... ».

[3]) Per le prime: *Vocabularium iurispr. rom. v.*: « ante » e « calendae » *Vocabolario d. costituzioni latine* di *Giustiniano* (LONGO) in *Bullettino d. Istituto*

Digitized by Google

sioni *ante kalendas*, e similmente *ante idus*, *nonas*, *diem* o *mensem* o *annum constitutum*, ricorrano con due significati l'uno esclusivo l'altro inclusivo del giorno delle calende, delle idi, none ecc.

Come ciò possa avvenire ci sarà chiaro considerando il diverso valore che assume *ante* a seconda della varia natura dell'espressione temporale che lo segue.

Quando il termine retto da *ante* è un momento, un punto di tempo (*ante mortem meam* [1]) *ante editionem* o *conceptionem* [2]) *ante nuptias* [3]) esso significa e può significare soltanto PRIMA che GIUNGA quel momento; *ante quam mors veniat* - *ante quam editio veniat* (o *fiat*) ecc.

Quando invece il termine retto da *ante* designa uno spazio di tempo entro il quale è seguìto o deve seguire un dato evento, tale cioè che esso solo viene in considerazione con esclusione del tempo che precede (*ante triennium* - *ante quinquennium post mortem meam*) [4]), allora l'*ante* assume il valore - unico logicamente possibile - di *ante quam* (*triennium*, *quinquennium*) *praetereat*

Ora, quando si dice *ante kalendas*, *ante nonas*, *ante idus*, *ante diem constitutum*, *ante mensem tertium*, *ante annum quartum decimum*, ecc, non si ha nè il primo nè il secondo caso. Non il primo perchè il termine retto da *ante* non è un momento, ma uno spazio di tempo (di un giorno, di un mese, di un anno). Non il secondo, perchè non si vuol limitare la considerazione al solo spazio di tempo indicato dal termine retto dall'*ante*, ma si intende comprendere anche il tempo che lo precede, sia da oggi (*ante kalendas proximas*), sia da altro momento determinato (*ante kalendas primas post mortem meam*) E allora qui non uno solo dei due significati di *ante* sarà possibile, ma saranno possibili entrambi: *ante quam kalendae veniant*, *ante*

di D. R. X. Per le seconde: *Thesaurus linguae latinae* (1900-04) *v.* « ante ». Vocabolari del FORCELLINI e, per Cicerone, Cesare, Tacito, del MERGUET, del MEUSEL, del GERBER-GREEF. Giovano anche talune edizioni dei classici (ad es. quelle *ad usum Delphini* di Sallustio, Virgilio, Orazio, Ovidio) nelle quali è aggiunto un indice di tutte le parole che ricorrono nell'opera.

[1]) Ad es. GAI. II, 123; ULP. D. 16, 3, 1 § 45; CELS. D. 34, 2, 3; CIC. *Brut.* 324; ecc

[2]) Ad es. ULP. D. 50, 2, 2 §§ 3 e 6.

[3]) Ad es. PAUL *Vat.* 96, 103, 111; IAV. D. 23, 3, 80 e 83: PROC D. 23, 4, 17 ecc.

[4]) Ad es. PAUL. D. 40, 12, 38 § 3; SCAEV. D. 31, 88 § 5; D. 40, 7, 40 § 2; ULP. D. 39, 5, 18 § 1: MARCIAN. D. 40, 15, 1 §§ 1-2-4; HERMOG. D. 40, 15, 3.

Digitized by Google

quam kalendae praetereant. Si avrà l'uno o l'altro senso secondo che il termine retto da *ante* si considererà come un momento (prima che giunga il momento nel quale può dirsi *sunt kalendae*), o come uno spazio di tempo (prima che trascorra lo spazio di tempo delle calende).

Il primo significato: *ante quam kalendae, idus, nonae* ecc. *veniant* ha esempi abbastanza frequenti nelle fonti letterarie. Basti accennare ai più perspicui.

Gellius, *Noctes atticae XII,* XIII, *rubr.*: « Intra kalendas cum dicitur, quod significet, utrum ANTE KALENDAS, an kalendis, an utrumque ».

Id. 29: «..... qui iubetur intra kalendas pronuntiare, is et ANTE KALENDAS et ipsis kalendis iure pronuntiare potest » [1]).

Cicero, *Ad familiares lib. I epist. 1*: « Res ANTE IDUS acta sic est; nam haec idibus mane scripsi ».

[1]) Quanto alla frase dello stesso Gellio (o meglio di SULP. APOLLINARE) citata dallo HESKY (in *Bullettino* cit. XVI, p. 129, n. 1) essa per sè non prova nulla. XII, XIII, 11: « Intra kalendas igitur non ante kalendas est, sed in kalendis, id est eo ipso die, quo kalendae sunt ». Può infatti tradursi tanto: « *Intra kalendas* (secondo il significato etimologico) vuol dire non da oggi al giorno delle calende escluso (*ante quam kalendae veniant*), ma nel giorno delle calende »; quanto: « vuol dire non da oggi al giorno delle calende compreso (*ante quam kalendae praetereant*), ma solo nel giorno delle calende ». Per aver testi perspicui e decisivi bisogna ricorrere alle frasi da noi citate. Qui veramente *ante kalendas* significa senza dubbio *ante quam kalendae veniant.* Altrimenti, ove si intendesse *ante quam kalendae praetereant*, non avrebbe luogo la terza ipotesi fatta da Gellio sul valore di *intra kalendas*, cioè che questo termine voglia dire al tempo stesso *ante kalendas* e *kalendis.*

Noto poi che il trovare nel testo soprascritto di Gellio posto in recisa antitesi *ante kalendas* e *in kalendis* non fa ostacolo – como le HESKY crede – a ritenere simili la *stipulatio* « ante kalendas dari » e la *stipulatio* « kalendis dari ». Dato ad « ante kalendas » il valore di *ante quam kalendae praetereant*, si può dire che le due stipulazioni sono uguali in questo senso: che entrambe sono soggette allo stesso termine. Nell'uno e nell'altro caso il debitore può adempiere in tempo utile la prestazione cui è tenuto anche nel giorno stesso delle calende, e il creditore non ha azione che il giorno successivo. Ma insieme si può dire che « ante kalendas » e « kalendis » esprimono due cose diverse in questo senso: che abbracciano due diversi spazi di tempo: questo limitato al giorno delle calende, quello comprensivo anche del tempo anteriore.

Digitized by Google

Plautus, *Captivi 634*: « Neque ego istuc nomen audivi ANTE HUNC DIEM ».

Terentius, *Hecyra 641*: « Neque fuisse praegnantem unquam ANTE HUNC scivi DIEM ».

Cicero, *Catilinaria*, III, 20 (III, 8 in f.): « Sed tanta fuit operis tarditas ut neque a superioribus consulibus, neque a nobis ANTE HODIERNUM DIEM collocaretur ».

Sallustius, *De bello Jugurthino*, 121: « Sed nocte ea, quae proxima fuit ANTE DIEM colloquio DECRETUM, Maurus ... dicitur ... multa agitavisse ».

Tacitus, *Historiae*, II, 95: « ... natalem Vitellii diem Caecina ac Valens ... celebravere, ingenti paratu et ANTE ILLUM DIEM insolito ».

Negli scritti dei giureconsulti invece questo significato, che secondo lo Hesky e il Gradenwitz sarebbe l'unico, non ricorre, in tanti testi, che UNA SOLA VOLTA.

L. 9 pr. D. *Qui pot. in pign.* 20, 4.

Africanus: « Qui balneum ex calendis (Juliis) proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ANTE CALENDAS JULIAS eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causa habendam ».

Il secondo pegno è da supporre costituito non *ante quam kalendae praetereant*, ma *ante quam kal. veniant*. Poichè se esso fosse fatto il giorno delle calende non avrebbe luogo la questione quale dei due debba avere la precedenza. Da questo giorno già qualcosa *pro conductione deberetur*; quindi il pegno del locatore sarebbe anteriore a quello del mutuante non soltanto per la data della sua costituzione, ma anche per la data di decorrenza del debito a cui garanzia fu stabilito.

Digitized by Google

Il dubbio risolto da Giuliano (cfr. L. 1 D. *eod.*) sta solo se il debito garantito dal primo pegno decorre dopo la costituzione del secondo. E come quello diventa effettivo *ex calendis*, così bisogna supporre che il secondo pegno sia costituito nel tempo che precede il giorno delle calende, cioè: *ante quam kalendae veniant.*

In tutti gli altri testi giuridici nei quali ricorre l'espressione *ante kalendas*, o alcuna similare: *ante idus, diem tertium, annum decimum* [1]), ha luogo sempre il secondo significato: *ante quam kalendae, idus praetereant*; *ante quam dies, annus constitutus praetereat.*

I. Ante kalendas.

L. 113 D. *De V. O.* 45, 1.

Chi è tenuto ad una prestazione *ante kalendas* non è tenuto ad eseguirla al più tardi *pridie kalendas,* ma ha a sua disposizione tutto intero il giorno delle calende.

Proculus: « Cum stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitratu meo ANTE KALENDAS JUNIAS effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitratu meo opus effectum non esse ante kalendas Junias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? Proculus respondit... Si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante kalendas Junias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas Junias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas Junias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. Aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas Junias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset .. ».

La *stipulatio poenae* è « si opus *ante kalendas Junias* effectum

[1]) *Ante nonas* e *ante mensem constitutum* (*secundum*, *tertium* ecc.) non hanno esempio nelle fonti giuridiche.

Digitized by Google

non sit.» Eppur si dice che al *promissor* resta *aliquod tempus operi perficiendo post mortem creditoris,* la quale si suppone avvenuta *pridie kalendas Junias.* Questo tempo posteriore alla vigilia delle calende non può essere che il giorno stesso delle calende, il quale quindi per Proculo, – come già vedemmo per Giuliano e Ulpiano, – è compreso nella *stipulatio* «si ante kalendas... ».

L. 8 D. *De V. O.* 45, 1.

Paulus: «In illa stipulatione: "si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?" mortuo homine quaeritur, an statim ANTE KALENDAS agi possit... ».

Il termine essendo «kalendis» non si potrebbe agire che il 2 del mese (§ 2 I. *De V. O.* 3, 15). Se però Stico muore potrà sperimentarsi l'azione anche prima del 2 del mese, cioè *ante quam kalendae praetereant*? Questo il valore della domanda: «an statim ANTE KALENDAS agi possit».

In altre due leggi si contrappone ad «ante kalendas» «post kalendas» senza che figuri il giorno delle calende. Esso deve intendersi compreso in uno dei due termini e precisamente nel primo.

L. 72 § 1 D. *De V. O.* 45, 1.

Ulpianus: «Si quis ita stipulatus sit: "si ANTE KALENDAS MARTIAS PRIMAS opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit tantam pecuniam dari?", diem promissionis cedere non ex quo locatum est opus, sed post kalendas Martias, quia nec conveniri ante kalendas Martias reus promittendi poterat».

Il *dies promissionis cedit,* cioè *pecuniam incipit promissor debere* (L. 213 pr. D. *De V. S.* 50, 16), non già il giorno delle calende, come dovrebbe se questo giorno fosse escluso nel termine «si ante kalendas»; ma soltanto *post kalendas.* E *post kalendas* e non *ante* può esser convenuto il *reus promittendi,* come quello che ha a sua disposizione anche il dì delle calende.

L. 19 pr. D. *De reb. cred.* 12, 1.

Julianus: «..... Si Titio decem dedero, ut Stichum intra kalendas manumitteret, ANTE KALENDAS nullam actionem habebo, post kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit».

Digitized by Google

Qui manifestamente *ante kalendas* ha lo stesso valore dell'*intra kalendas* che lo precede, quell'*intra kalendas* che lo Hesky vuole sostituirgli nella L. 56 § 5 *De V. O.* E l'uno e l'altro termine deve comprendere il giorno delle calende se il tempo che segue il periodo da essi abbracciato non è: « kalendae et dies posteriores », ma addirittura « post kalendas ».

In parecchi altri testi si pone a pari di *ante kalendas* « intra kalendas » e si usano promiscuamente le due espressioni come equivalenti.

L. 41 pr. D. *De contr. empt.* 18, 1.

Julianus: « Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ANTE KALENDAS JULIAS liberaret, quaesitum est... respondit: videamus quid inter ementem et vendentem actum sit. Nam si id actum est, ut omnimodo INTRA KALENDAS JULIAS venditor fundum liberaret . Si vero sub condicione facta emptio est... ».

L. 19 § 1 D. *Quando dies leg.* 36, 2.

Julianus: « Quod si ita scriptum sit: "si penum INTRA KALENDAS non dederit, centum dato". non efficitur ut duo legata sint, sed ut centum legata sub condicione videantur: idcirco si uxor ANTE KALENDAS decesserit, heredi suo neque penum relinquet, quia legata non est, neque centum, quia dies legati cesserit (necesse est legataria viva) ».

L. 135 § 2 D. *De V. O.* 45, 1.

Scaevola: « Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut INTRA KALENDAS APRILES PRIMAS universam summam mandator numeraret et hortos acciperet. Quaeritur, cum ANTE KALENDAS APRILES non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit neque Seia accipere voluit et usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solveret, an nihilominus Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus

Digitized by Google

sit, ex stipulatu agere possit. Respondit posse si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset; quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est».

Il caso di quest'ultimo frammento è anzi tale che fa chiaro come *ante kalendas* e *intra kalendas* coincidano perfettamente, senza che vi sia neppure un divario di «modico tempo».

Tuttavia non possiamo per ora stabilire se *ante kalendas* comprende qui o meno il giorno delle calende, poichè i testi non porgono all'uopo altro dato all'infuori di quello dell'eguaglianza di *ante kalendas* ad *intra kalendas,* e per questo secondo termine Gradenwitz afferma [1]) «Ist es unter den römischen Juristen durchaus nicht unzweifelhaft gewesen, ob intra kalendas = cis kalendas oder = cis kalendas vel die kalendarum».

Solo quando avremo verificato qual fondamento abbia questa asserzione potremo provare come anche qui *ante kalendas* equivalga a *ante quam kalendae praetereant.*

Si trova «ante kalendas» ancora in tre testi: L. 58 pr. D. *De usufr.* 7, 1; L. 10 D. *De V. O.* 45, 1; L. 98 §, 4 D. *De sol. et lib.* 46, 3. Ma per essi manca ogni criterio per chiarire il valore del nostro termine.

II. Ante idus.

Lo stesso è a ripetere per la L. 15 D. *De pub. et vect.* 39, 4 dove ricorre per due volte *ante idus.*

La sentenza di Servio sta tanto se la nave di cui è parola è partita nei giorni precedenti a quello delle idi (*ante quam idus veniant*), come se è partita nel giorno stesso delle idi (*ante quam idus praetereant*). Poichè solo *post idus* è fatto divieto di esportare coti a chi non sia *redemptor* delle *cotoriae Caesaris.*

Ante idus e *intra idus,* come aventi lo stesso valore, sono promiscuamente usati nella celebre L. 122 § 1 D. *De V. O.* 45, 1.[2]) Ma di essa – per la ragione già detta – tratteremo più oltre.

[1]) Op. e loc. cit. pag. 123.

[2]) Com'è noto però, la lettura *ante idus* è da alcuni messa in dubbio.

Digitized by Google

III. Ante diem constitutum.

Oltre che nelle leggi 40 D. *De receptis* 4, 8 e 10 § 1 D. *De lege Rod.* 14, 2 dove il valore dell'espressione è ambiguo, e nella L. 4 pr. D. *De peric. et comm. r. vend.* 18, 6 dove essa vale *intra diem constitutum* (« Si quis vina vendiderit et INTRA DIEM CERTUM degustanda dixerit... quasi sub condicione venierint hoc est si ANTE DIEM ILLUM fuissent degustata... »); troviamo *ante diem constitutum* in due leggi [1]) dove manifestamente significa « entro il giorno stabilito », cioè *ante quam dies const. praetereat.*

L. 50 D. *De receptis* 4, 8.

Alfenus: « Arbiter ex compromisso sumptus cum ANTE EUM DIEM, qui constitutus compromisso erat, sententiam dicere non posset, diem compromissi proferri iusserat... ».

L. 33 D. *De V. O.* 45, 1.

Pomponius: « Si Stichus certo die dari promissus ANTE DIEM moriatur, non tenetur promissor ».

Il promittente è tenuto soltanto se Stico muore dopo che è TRASCORSO il giorno stabilito per la consegna.

IV. Ante annum constitutum.

Anche questa espressione che potrebbe intendersi (cfr. L. 76 (74) § 1 D. *Ad S. C. Treb.* 36, 1) sia in modo da escludere sia in modo da comprendere l'anno (decimo, ventesimo, ecc.) designato dalla voce retta dall'*ante*, ricorre sempre nel Digesto col secondo significato: *ante quam annus const. praetereat.*

ANTE DUODECIMUM ANNUM: Ulp. L. 9 D. *De spons.* 23, 1. Cfr. pr. I. *Quib. mod. tut. fin.* 1, 22.

ANTE QUARTUM DECIMUM ANNUM: Pomp. L. 22 pr. D. *Quando dies leg.* 36, 2: Ulp L 49 § 3 D. *De leg.* I, 30. Cfr. pr. e § 2 della stessa legge.

[1]) Non hanno importanza per la nostra questione tutte quelle altre leggi dove ricorre *ante diem* - D. 2, 8, 4; D. 4, 3, 32; D. 17, 1, 51; D. 18, 1, 41 pr.; D. 18, 2, 15 pr.; D. 19, 2, 58 § 1; D. 33, 1, 15; D. 34, 1, 4 pr.; D. 46, 1, 16 § 5; Gai II. 168: IV. 131 — dovendosi o potendosi intendere *dies* non per « giorno » ma per « termine »

Digitized by Google

ANTE VICENSIMUM ANNUM: Paul. L. 76 (74) § 1 cit.

ANTE VICENSIMUM QUINTUM ANNUM: Ulp. L. 8 D. *De mun. et hon.* 50, 4. Cfr. L. 1 §§ 1 e 2 D *De min.* XXV *a.* 4, 4. Solo in forza della costituzione di Adriano (L. 76 (74) § 1 cit.), la quale stabilì che quanto « ad munera municipalia annus coeptus pro pleno habetur » il precetto « ad rem publicam administrandam ante vicensimum quintum annum admitti minores non oportet » venne ad assumere il valore di « ante quam vicensimus quintus annus veniat ».

Di questo significato di *ante kalendàs, nonas, idus, diem* o *mensem* o *annum constitutum* per cui si comprende anche il giorno, mese, anno indicato dal termine retto da *ante*, non mancano esempi nelle fonti letterarie.

Cato *De re rust.* 147: « Locus vinis ad cal. Octob. primas dabitur; si non ante (*sc* ANTE KALENDAS) ea exportaveris, dominus vino, quod volet, faciet ».

Cicero *ad Atticum* lib. III, *epist.* 17: « De Quinto fratre nuntii nobis tristes nec varii venerant EX ANTE DIEM NON. JUN. (da i 5 di giugno - Forcellini [1]) usque ad pridie kal. Sept. ».

Plinius *Historia natur.* II, 123: « Exortus Vergiliarum... sex diebus ANTE MAIAS IDUS ».

Livius, 23, 45, 1: « Marcellus victis ANTE DIEM TERTIUM, fugatis ante paucos dies... instare iubet ».

Columella, 6, 2, 1: « Neque ANTE TERTIUM neque post quintum ANNUM iuvencos domari placet ».

Ma l'applicazione più perspicua e importante di questo significato di *ante* si ha nel calendario. Per indicare i giorni intermedi tra le calende, le none, le idi i Romani - come è noto - si servivano degli ordinali (*dies primus, secundus* ecc.) computando a ritroso dalle più prossime calende, none, idi. In questo computo però comprendevano tanto il giorno da cui si partiva quanto quello cui si arrivava; per modo che, ad esempio, il 30 dicembre veniva ad essere il *dies ter-*

[1] Altri però corregge « ex ante diem III Non. Jun. » = dai 3 di Giugno. Cf. *Thesaurus linguae latinae sub v.* « Ante ».

Digitized by Google

tius ante kalendas ianuarias. Evidentemente qui *ante kalendas* deve valere « ante quam kalendae praetereant ». Se significasse « ante quam kalendae veniant » il 30 dicembre non sarebbe che *dies secundus a. k. i.*

Coerentemente le none traggono il loro nome dall'essere il nono giorno *ante quam idus praetereant* [1]) mentre non sarebbero che l'ottavo *ante quam idus veniant.*

Secondo questo modo di computare, la vigilia delle calende, delle none e delle idi viene ad essere il *dies secundus ante kalendas, nonas, idus.* E difatti non manca esempio di questa designazione della vigilia.

Cicero, *Quinct.* 24: « ante diem II kalendas februarias ».

Nelle date delle costituzioni raccolte nel Codice Giustinianeo questa designazione ritorna anzi così di frequente che si ha a un dipresso tante volte *dies II ante kal., non., id.* quante *pridie kal., non., id.* [2]).

Il *dies primus ante kalendas* verrebbe a questo modo ad essere lo stesso giorno delle calende: posto che « ante kalendas » viene inteso « ante quam kalendae praetereant ». E, benchè raro, anche di quest'uso di designare le calende si ha qualche esempio.

Corpus Inscript. I, 1000: « a. d. I kal. octob. ».

Perchè dunque deve far tanta meraviglia se a chi è tenuto ad una prestazione « ante kalendas » si consente di eseguirla in tempo utile anche nel giorno stesso delle calende, cioè nel *dies primus ante kalendas*?

Constatato così come « ante kalendas » e le espressioni analoghe possano assumere un duplice valore, l'uno esclusivo, l'altro comprensivo del periodo di tempo indicato dalla voce retta dall'*ante*, è interessante fissare la legge di questo uso.

[1]) VARRO, *Ling. lat.* 6, 28: « Nonae, quod ante diem nonum idus » (cioè, per la nota libera trasposizione in uso presso i Romani, « quod dies nonus ante idus »); FESTO, 171: « Nonae: ante diem iduum nonum ».

[2]) Cfr. *Codex*, ed. Krüger, appendix I, pag. 489 (*editio stereotypa* 4ª).

Digitized by Google

Ora se noi esaminiamo quei testi nei quali *ante kalendas* significa « ante quam kalendae veniant » riscontriamo come quell'espressione tenda a fissare in via di approssimazione la DATA nella quale seguì o seguirà un evento.

In quei testi invece nei quali ricorre il secondo significato: « ante quam kalendae praetereant », si tratta piuttosto di un TERMINE, del limite estremo nel quale può o deve succedere un dato evento, o del punto di partenza di una computazione (giorno primo, secondo, terzo contato a ritroso dalle calende).

Questa regola ci spiega come il primo significato ricorra più frequentemente in testi letterari, bene spesso di natura descrittiva e storica, il secondo più frequentemente in testi giuridici dove il termine ha una rilevantissima funzione e dove la data, almeno negli esempi teorici, è il più delle volte fissata con giorni certi, nei quali ancora, per il constatato uso del calendario, ricorre il significato « ante quam kalendae praetereant ».

❦

Applichiamo questo risultato al testo preso in esame dallo Hesky L. 56 § 5 D. 45, 1. Qui « ante kalendas » non esprime in via approssimativa una DATA, ma figura chiaramente come TERMINE di una stipulazione. Epperò il suo valore è *ante quam kalendae praetereant.*

Correttamente quindi si legge nel testo che la *stipulatio* « ante kalendas dari » è pari a quella « kalendis dari ». Termine estremo in entrambi i casi è la mezzanotte (*hora sexta*) tra il 1° e il 2 del mese, colla quale cessa la possibilità nel debitore di adempiere utilmente la prestazione cui è tenuto, e sorge nel creditore il diritto ad agire contro il promittente insolvente.

Del resto qui vi è una ragione ulteriore di preferire il significato « ante quam kalendae praetereant », una ragione tale per cui dovrebbe nel termine comprendersi il giorno delle calende anche se l'uso di *ante* non fosse soggetto alla regola da noi stabilita. « Dies est pro debitore ». Data la possibilità di interpretare il termine in due modi (ante quam kalendae veniant - ante quam kalendae praetereant), deve preferirsi quell'interpretazione che riesce meno gravosa al debitore, che lascia maggior tempo a sua disposizione.

Digitized by Google

L. 109 D. *De V. O.* 45, 1.

Pomponius: « In stipulationibus id servatur, ut quod minus esset QUODQUE LONGIUS, esse videretur in obligationem deductum ».

Così la sentenza che si legge in Giuliano (fr. 56 § 5 cit.) non soltanto è conforme a quella di tutti gli altri giuristi (Proculo, Pomponio, Scevola, Paolo, Ulpiano), non soltanto corrisponde all'uso comune dell'espressione « ante kalendas », ma ha per sè la giustificazione di un generale precetto giuridico.

Filologia e diritto si danno pertanto la mano per riaffermare contro la critica dello Hesky l'esattezza della lettura *ante kalendas* nella L. 56 § 5 *De V. O.*

La nostra indagine dovrebbe portare ad un altro utile risultato: a stabilire anche il valore di *intra kalendas* correggendo le conclusioni cui giunse il Gradenwitz nella dotta ricerca compiuta su questo termine.

Parve all'acuto giurista e filologo non esser possibile dubitare che in alcuni testi *intra kalendas* venga usato come forma giuridicamente tecnica equivalente ad *ante kalendas*: L. 41 pr. D. 18, 1; L. 19 § 1 D. 36, 2; L. 135 § 2 D. 45, 1 (similmente per *ante* e *intra idus*: L. 122 § 1 D. 45, 1 e per *ante* e *intra certum diem*: L. 4 pr. D. 18, 6); e nella convinzione che *ante kalendas* non possa significare se non il tempo che precede la venuta delle calende, concluse che anche *intra kalendas* deve in questi testi valere *cis kalendas*. Il valore di *intra kalendas* non sarebbe quindi stato pei Romani costante e sicuro, poichè altrove questo termine vale *cis kalendas vel die kalendarum*, senza che possa fissarsi una regola per il duplice significato.

A noi pare indubitabile che in quei testi *ante* ed *intra* vengano usati con lo stesso valore. Ma crediamo che il significato nel quale si incontrano le due espressioni sia non *cis kalendas*, ma, per usare il linguaggio del Gradenwitz, *cis kalendas vel die kalendarum*.

E infatti:

Digitized by Google

Quanto ad *intra kalendas*: in tutti i testi nei quali si può di questa espressione chiarire il significato [1]) essa comprende anche il giorno delle calende; non solo, ma grammatici (Sulp. Apollinaris in Gellius, *Noctes atticae* XII, XIII, 29) e giuristi (Ulpianus L. 1 § 9 D. *De succ. ed.* 38, 9) si dichiarano esplicitamente in questo senso: « intra kalendas etiam ipsae kalendae sunt ». (Analogamente per *intra certum diem*: L. 133 D. *De V. S.* 50, 16 Ulp.: « Si quis ita dixerit " ut intra diem mortis eius aliquid fiat ", ipse quoque dies, quo quis mortuus est, numeratur »).

È quindi ragionevole ritenere che anche nei nostri testi ricorra questo significato di *intra kalendas*.

Quanto ad *ante kalendas*: due sono i significati possibili. Ma trattandosi di testi dove con *ante kalendas* si vuol designare un TERMINE e non una DATA, è da preferire quello che comprende il giorno delle calende: *ante quam kalendae praetereant*.

Il valore comune delle due espressioni è pertanto *cis kalendas vel die kalendarum*. Il quale resta così l'unico significato che può attribuirsi ad « intra kalendas », senza che testo alcuno ci induca a ritenere esservi stati tra i giuristi dubbi o dispareri.

PIER PAOLO ZANZUCCHI.

[1]) Comprenderei fra essi anche la L. 23 pr. e § 1 D. *De receptis* 4, 8 annoverata dal GRADENWITZ fra le indifferenti. Il tempo che segue quello abbracciato dall'espressione *intra kalendas* vi è indicato con *post kalendas* (e non « kalendae et dies posteriores »).

Digitized by Google

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

H. Erman. *D. (44,2) 21 § 4. Études de droit classique et byzantin.* Estr. dai *Mélanges Ch. Appleton* negli 'Annales de l'Université de Lyon'. - Lyon, 1903, p. 104. — Il famoso e tormentato frammento di Pomponio: 'Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata', cui da ultimo il compianto Ferrini aveva dato con originalità di vedute una nuova e definitiva interpretazione, vien ripreso qui in esame dal chiaro romanista dell'Università di Münster, che già erasene a più riprese occupato in alcuni suoi studi precedenti. Le gravi difficoltà presentate da questo testo - nel quale Pomponio, o secondo altri, Giustiniano, accorda l'eccezione *de re iudicata* al fideiussore dello schiavo in seguito all'azione *de peculio* intentata contro il *dominus* - han tratto alle dottrine delle obbligazioni naturali, delle *actiones adiecticiae qualitatis* dell'*exceptio rei iudicatae* e sopratutto della consumazione processuale dell'*actio de peculio*. È su questo punto che l'a. particolarmente insiste, rivedendo e discutendo con larga e sicura dottrina le ipotesi e le spiegazioni formulate dai precedenti scrittori, quali il Krüger, il Bekker, il Baron, l'Eisele, l'Affolter, il Pokrowsky e tra i nostri l'Alibrandi, il Ferrini e il Lusignani. E il risultato cui egli giunge non è già (come l'a. stesso onestamente dichiara) quello di offrire una soluzione definitiva ed esauriente di tutti i problemi cui il testo dà luogo, ma di porre invece più nitidamente codesti problemi, formulandoli sia di fronte alla giurisprudenza classica, sia di fronte a quella bizantina. Del testo pomponiano egli propone quindi due spiegazioni, che tuttavia considera, date le insuperabili difficoltà esegetiche, come affatto ipotetiche. Secondo l'una, fondata sulla teoria dell'Affolter, i giureconsulti mentre avrebbero negato l'identità reale tra l'*actio de peculio* e la *fideiussio pro servo*, avrebbero ammesso l'identità 'sintetica', per modo che essendo il debito dello schiavo il necessario presupposto della fideiussone, questa diventerebbe *res iudicata* per effetto d'un giudizio sull'*actio de peculio* che dichiarasse inesistente il debito, implicando la negazione della premessa un giudizio sulla

Digitized by Google

conseguenza: donde scaturiva la consumazione dell'azione *ope exceptionis* ('excipiendum est de re iudicata') non già quella *ipso iure*, perchè la regola 'bis de eadem re ne sit actio' sarebbe rimasta limitata alla sola identità reale, mentre nel caso in esame, trattandosi di identità 'sintetica', avrebbe solo potuto soccorrere l'*exceptio rei iudicatae*. L'altra spiegazione riposa sulla ipotesi di una consumazione processuale pretoria: pur non potendo mutarsi il risultato del giudizio con l'inserzione d'una *exceptio rei in iudicium deductae*, il pretore avrebbe annunciato al giudice ch'egli ammetteva tuttavia la possibilità dell'*eadem res*: Pomponio pertanto supponendo il pretore favorevole all'idea dell'*eadem res*, avrebbe consigliato chi lo interrogava, invece che di rimettersi alla consumazione *ipso iure*, ossia all'apprezzamento incalcolabile dell'*eadem res* da parte del giudice, di domandare al pretore la concessione d'una *exceptio*.

L. Mitteis. *Adoptionsurkunde vom Jahre 381 n. Chr.* (Estr. dall'Archiv. für Papyrusforschung' III, 1904, p. 173-184). — Questa brillante dissertazione dell'illustre papirologo tedesco è veramente degna d'esser raccomandata come modello del metodo che il romanista deve seguire nello studio dei papiri grego-egizi applicato al diritto romano. E pur a coloro che poca fiducia dicon di riporre nella utilità di codeste applicazioni essa sarà di grande ammaestramento, dacchè con un documento che non è - e l'a. lo dimostra ampiamente - nè romano nè greco-romano, essa perviene a risultati che direttamente interessano lo storico del diritto romano. L'atto d'adozione pubblicato e commentato dal Mitteis appartiene alla collezione lipsiense, proviéne da Hermupolis ed è del 31 dicembre 381: ma più che *adoptio* esso è un'*adrogatio*. Tuttavia il suo contenuto non corrisponde alle regole romane nè dell'una nè dell'altra, perocchè nè le forme esterne nè le prescrizioni di diritto sostanziale vi si vedon rispettate dalle parti che contraggono. L'insieme apparisce piuttosto di diritto greco, sebbene neppur di questo si seguano le disposizioni. Cosicchè nel complesso è a ritenersi che esso sia uno di quegli atti con cui nella vita quotidiana si provvede ad alcun bisogno pratico senza preoccuparsi gran che delle disposizioni della legge: un atto quindi del quale mentre una parte è valida non nella forma del negozio giuridico voluto, ma nel suo contenuto sostanziale, un'altra parte è priva di efficacia giuridica per l'opposizione sua alla legge. Da questa intima analisi del documento e dal suo confronto con le norme di diritto romano scaturiscono appunto alcuni risultati nuovi pel romanista. Perocchè forse ad uno stato giuridico, qual'è rappresentato dal papiro lipsiense, debbono venir riferite due costituzioni di Diocleziano 4 C. 8. 47 ('*Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed sollemni iuris*

Digitized by Google

ordine apud praesidem solet copulari') e 5 C. eod. ('*Adrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia urbe nec in provinciis nisi ex rescripto principali fieri possunt*'). E d'altra parte lo stesso documento fa meglio intendere i motivi della distinzione giustinianea tra l'*adoptio plena* e quella *minus plena*

Richard Hesky. *Anmerkungen zur Lex Acilia repetundarum* Estr. dai 'Wiener Studien', 1903, p. 18. — Buon tentativo d'integrazione di parecchie delle lacune che la lex A. r. presenta frequenti nel monco testo pervenutoci. Alla l. 11 l'a pensa che dovesse parlarsi dei limiti d'età fissati per la nomina dei patroni e del divieto di nominar gli assenti, supplendo: '*quei minor annis XXX maiorve annos LX gnatus siet queive trans mare siet*', nonchè della facoltà di ripudiare il patrono nominato o già entrato in funzione, cosicchè il passo dovrebbe ricostruirsi così: '*quei ex h. l. patronus datus erit, sei is mori⟨bus suspectus seive inimicus erit ei quoi ex h. l. datus erit parentibusve eius, seive qua alia iusta causa erit, repudiare eum liceto⟩*'. Alla l. 19, ove trattasi del giudizio, dovè farsi cenno della persona del rappresentante: '*seive quis alieno nomine ex h. l. petet*'; alla l. 24, ove parlasi del giuramento, l'a. è d'avviso si dicesse che al convenuto non sia lecito con la sua assenza impedire la prestazione del giuramento: '*Is, unde petitum erit, quomi⟨nus quei petet iouret ita utei s. s. siet, moram nei faciat⟩*'. La lacuna che presenta la l. 25 dovrebbe integrarsi colla facoltà concessa all'attore, nella mora del convenuto, di scegliere i L viri e colla menzione del termine per l'esercizio di questa scelta: '.. *uora non erit, quominus legat edatve ⟨quos volet L de eis C, quos ex h. l. ediderit, seive ex eis CDL vireis, quei in eum annum lectei erunt, die vicensumo legat edatve..⟩*'. Seguono altre integrazioni di minore importanza e congetture intorno a lacune più o men gravi, senza corrispondenti supplementi. Quindi alla l 46 l'a. propone: '*sei... plus tertiae parti iudicum, quei aderunt, quom ea res aget⟩ur, ⟨non lique⟩re deixerit*'. Il significato della frase '*amplius bis in uno iudicio iudicare*' che si legge alla l. 48 sembra all'a. esser questo: 'se i giudici si rifiutano più di due volte di pronunciare il giudizio finale'. Particolarmente importanti sono le osservazioni alle l. 74-75, con le quali la monografia si chiude, intorno al rapporto della *lex Acilia* con la *lex Calpurnia* e la *Iunia* L'a. si manifesta d'avviso contrario a quello del Mommsen, il quale affermò che la *lex Acilia* non dovesse, per espressa disposizione in essa contenuta, toglier vigore alla *lex Calpurnia* e alla *Iunia*; e con buoni argomenti dimostra come tutti i nuovi casi, che dopo la legge Acilia eran portati dinanzi al tribunale, dovevano esser giudicati secondo la nuova legge.

S. Di Marzo. *Bonae fidei contractus.* - Palermo, Stab. tip. Vir-

Digitized by Google

zi, 1904, p. 12. — La locuzione *bonae fidei contractus* non era stata fin qui sospettata in via generale siccome non genuina, benchè non pochi frammenti che la contengono si sieno dai più recenti critici denunciati in tutto o in parte come interpolati. Forse poteva aver trattenuto dal ritenerla sempre sospetta la circostanza ch'essa trovasi, tra l'altro, anche nella *Consultatio* (4, 4) ove è attribuita a Paolo. Non ostante ciò il Di Marzo esprime la ferma convinzione che una tal formula fosse ignota ai giuristi classici. Interpolata con tutta la frase '*maxime cum in bonei fidei contractibus .. deputetur*' nel fr. 22 D. 39. 5, al pari che con l'intero periodo: '*quod si non appareat... contractui bonae fidei consonat*' nel fr. 48 D. 19, 1, essa fu aggiunta nel frammento citato (secondo che il Di Marzo ritiene) dall'autore della *Consultatio*: nè la cosa deve sorprendere, dacchè anche in altri casi questi non s'è peritato di modificare i testi classici. Il Di Marzo attribuisce quindi ai compilatori tutto il passo '*sicut in contractibus fidei bonae... praestetur*' della l. 108 § 12 de leg I di Africano, e la sostituzione nella l. 32 § 2 D. 22, 1 di Marciano: '*In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*' della parola 'contractibus' all'altra 'iudiciis' che certamente Marciano doveva avere adoperato, mentre è di nuovo interpolata la chiusa: '*quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae*' della l. 23 D. 44, 2, e son compilatorie le identiche frasi nella l. 27 § 2 D. 2, 14 di Paolo, e nelle ll. 36 D. 15, 1; 11 § 18 D. 19, 1; 3 pr. 50. 8 di Ulpiano, compresa la frase analoga '*bonae fidei obligatio*' della l 21 § 4 D. 4, 2. Donde la conseguenza che deve trarsi, e che il Di Marzo trae in fine del suo scritto, si è che la locuzione '*bonae fidei contractus*' si venne formando ed affermando allorchè, smarrito il senso della classica distinzione dei giudizi in *iudicia bonae fidei* e *iudicia stricta* e svoltasi la nozione di *contractus*, si sentì il bisogno di sostituire alla mentovata distinzione del giudizio la distinzione nuova dei contratti di buona fede e di stretto diritto

W. Stintzing. *Ueber die Mancipatio* - Leipzig, Deichert (Böhme), 1904, in-8°, p. 47. — Della dottrina della *mancipatio* lo studio dello Stintzing si limita a rivedere solo alcuni punti ed in particolare quello che si riferisce alla garanzia per la evizione e al modo con cui essa veniva processualmente attuata. Movendo dalla ricostruzione che dell'istituto ha tentato il Bechmann, l'a. si soffermа dapprima sulla etimologia del termine *mancipare*, ch'egli fa derivare da *manceps* e non direttamente da *mancipium*, ponendo in rilievo il contrasto che il formulario della *mancipatio* presenta, contrasto che costituisce una vera contraddizione tra la formula che accompagna la *mancipatio* e gli atti che in essa si compiono. Considerando quindi le varie parti di cui si com-

Digitized by Google

pone quel formulario, egli le scinde e mentre ritiene diretta ai cinque testi, rappresentanti il popolo e raffiguranti il principio della pubblicità, la formula della *vindicatio*, sostiene che al mancipante è indirizzata soltanto quella dell'*emptio*, di guisa che la prima formula, vale a dire la formula vindicatoria, avrebbe nella *mancipatio* questo valore, di annunziare che si è pronti a sostenere il giudizio di proprietà contro chicchessia: annuncio cui il mancipante, tacendo, dà la sua *auctoritas*. Su codesto silenzio del mancipante, che è obbligato a romperlo sol quando egli debba limitare il pieno dominio che l'accipiente altrimenti acquisterebbe (il caso dell'usufrutto è il più importante e il più frequente), l'a. particolarmente insiste, mostrando come l'interruzione del silenzio avesse per l'alienante lo scopo di respingere la responsabilità evizionale. Come questa responsabilità si facesse valere dal compratore evitto l'a. ricerca nel seguito della sua monografia, illustrando il significato del termine *auctoritas* e con opportune indagini intorno all'*actio in auctorem praesentem*, all'*auctoritatem defugere*, all'*actio auctoritatis*, al *privilegium iudicis* e così via. Due brevi appendici chiudono lo scritto, l'una sull'*actio certae creditae pecuniae*, l'altra su alcuni passi dei Digesti, cui l'a. porta piccoli contributi per l'interpretazione.

[R. DE R.].

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DEL VOLUME XVI

Memorie

De Medio Alfredo. — Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico . . . Pag. 5

Solazzi Siro. — Un caso di 'distractio bonorum' nel diritto romano classico 89

Hesky Richard. — Osservazioni intorno alla critica delle Pandette 124

De Medio Alfredo. — La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato, nel diritto romano classico 149

De Ruggiero Roberto — Sul trattamento delle condizioni immorali e 'contra leges' nel diritto romano 162

De Ruggiero Roberto. — Frammenti di un libro catastale scoperti in un papiro greco d'Egitto 193

Marchi Antonio. — Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano 206

Zanzucchi Pier Paolo. — Ante Kalendas 290

Necrologie:

Scialoja Vittorio. — Necrologia di Teodoro Mommsen . . . 131

Appunti bibliografici 143, 305

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

Digitized by Google

Digitized by Google

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XVI - FASC. I-III

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 307

(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1904

Digitized by Google

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XVI - FASC. I-III

SOMMARIO:

Memorie:

DE MEDIO ALFREDO. — Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico. . . . . Pag. 5

SOLAZZI SIRO. — Un caso di "distractio bonorum" nel diritto romano classico 89

HESKY RICHARD. — Osservazioni intorno alla critica delle Pandette . 124

NECROLOGIE. — Teodoro Mommsen (O. SCIALOJA) 131

Appunti bibliografici 143

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
QUOTA ANNUA PEI SOCI DELL'ISTITUTO L. 20.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del ***Bullettino*** rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma, Piazza Grazioli, 5, Roma.

☞ Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'***Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano***, Roma, Corso Umberto I, 307 (presso il ***Circolo Giuridico***).

Gli editori e gli autori che desiderano cenni bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*Corso Umberto I, 307*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine e una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

Digitized by Google

È APPARSO:

VOCABULARIUM IURISPRUDENTIAE ROMANAE

IUSSU

INSTITUTI SAVIGNIANI

COMPOSITUM

FASCICULUS IV: ***ceterum - cymbium.***

Berlino, Editore Georg Reimer, 1903: un grosso fascicolo contenente le col. 737 a 1160. **M. 10,60.**

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
QUOTA ANNUA PEI SOCI DELL'ISTITUTO L. 20.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del ***Bullettino*** rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma, Piazza Grazioli, 5, Roma.

☞ Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'***Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano***, Roma, Corso Umberto I, 307 (presso il ***Circolo Giuridico***).

Gli editori e gli autori che desiderano cenni bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*Corso Umberto I, 307*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine, ed una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

Digitized by Google

BUCHHANDLUNG ALFRED HÖLDER - WIEN
ROTENTURMSTRASSE 13.

Dr. DAV. HEINR. MÜLLER

DIE GESETZE HAMMURABIS

UND IHR

Verhältniss zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln.

TEXT IN UMSCRIPT, DEUTSCHE UND HEBRÄISCHE UEBERSETZUNG
ERLÄUTERUNG UND VERGLEICHENDE ANALYSE

Un volume in-8 con fac-simile del codice di Hammurabi, di pag. 285. **M. 10.**

ERNEST LEROUX, ÉDITEUR - PARIS
RUE BONAPARTE, 28

V. SCHEIL

LA LOI DE HAMMOURABI

(Vers 2000 av. J.-C.)

Un volumetto in-8, di pag. 79.

Dr. A. MANIGK

ZUR GESCHICHTE DER ROMISCHEN HYPOTHEK

ERSTER TEIL

Breslau, Marcus, 1905, un volume in-8 di pag. (o 152).

Digitized by Google

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XVI - FASC. IV-VI

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 307

(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1904

Digitized by Google

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XVI - FASC. IV-VI

SOMMARIO:

Memorie:

DE MEDIO ALFREDO. — La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato, nel diritto romano classico Pag. 149

DE RUGGIERO ROBERTO. — Sul trattamento delle condizioni immorali e 'contra leges' nel diritto romano . . . . . » 162

DE RUGGIERO ROBERTO. — Frammenti di un libro catastale scoperti in un papiro greco d'Egitto . . . . . » 193

MARCHI ANTONIO. — Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano . . . . . » 206

ZANZUCCHI PIER PAOLO. — Ante Kalendas . . . . . » 290

Appunti bibliografici . . . . . » 305

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO **L. 15.**
QUOTA ANNUA PEI SOCI DELL'ISTITUTO **L. 20.**

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del ***Bullettino*** rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma, Piazza Grazioli, 5, Roma.

☞ Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE,** le quote dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'***Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano***, Roma, Corso Umberto I, 307 (presso il ***Circolo Giuridico***).

Gli editori e gli autori che desiderano cenni bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*Corso Umberto I, 307*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine e una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

Digitized by Google

A. DEICHERT'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG (G. BÖHME)
LEIPZIG

ALTRÖMISCHES
Schuldrecht und Schuldverfahren
VON
SIEGMUND SCHLOSSMANN
PROFESSOR DER RECHTE IN KIEL
M. 4.80

NEXUM
NACHTRÄGLICHES
ZUM
ALTRÖMISCHEN SCHULDRECHT
VON
SIEGMUND SCHLOSSMANN
Pag. IX-90 - M. 2.25.

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
MÜNCHEN

RÖMISCHER ZIVILPROZESS
UND
MODERNE PROZESSWISSENSCHAFT
Streitfragen aus dem Formularprozess
VON
Dr. RICHARD SCHOTT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT JENA
Pag. VI-84. - M. 3.

J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung
LEIPZIG

DIE
GESETZE HAMMURABIS
IN
UMSCHRIFT UND UEBERSETZUNG
HERAUSGEGEBEN VON
HUGO WINCKLER
Dazu Einleitung, Wörter -, Eigennamen - Verzeichnis, die sog. Sumerischen Familiengesetze und die Gesetztafel Brit. Mus. 82-7-14, 988.
Pag. XXXII-116. - M. 5.60.

Digitized by Google

A. DEICHERT'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG - LEIPZIG

UEBER DIE

MANCIPATIO

VON

Dr. W. STINTZING

A. O. PROFESSOR

Pag. 47 - M. 1.

LITIS CONTESTATIO

STUDIEN

ZUM

RÖMISCHEN ZIVILPROZESS

VON

Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN

Pag. IV-210 - M. 5.

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
QUOTA ANNUA PEI SOCI DELL'ISTITUTO L. 20.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del ***Bullettino*** rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja,** professore nella R. Università di Roma, Piazza Grazioli, 5, Roma.

☞ Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE,** le quote dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'***Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano,*** Roma, Corso Umberto I, 307 (presso il ***Circolo Giuridico***).

Gli editori e gli autori che desiderano cenni bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*Corso Umberto I, 307*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine, ed una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

Roma, Forzani e C. - Tipografi del Senato.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google